Die fahrlässige Straftat im subjektiven Strafrechtssystem.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Marburg/Lahn.

vorgelegt von
Walter Rankenburg
Gerichtsreferendar
aus Düsseldorf.

Marburg 1937

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 28. September 1936.

Berichterstatter: Professor Dr. jur. L. Zimmerl

Tag der mündlichen Prüfung: 28. September 1936.

Plan der Darstellung.

Schrifttum.

Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preuß. Justizministers, Berlin 1933.

Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts, Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht, Berlin 1934.

Das kommende Deutsche Strafrecht, Bericht über die Arbeit der Amtl. Strafrechtskommission (Gürtner) Berlin: Allg. Teil 1934; Allg. Teil 2. Aufl., Besonderer Teil 1935; Bes. Teil 2. Aufl. 1936.

Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Deutsches Strafrecht, herausg. vom Reichsrechtsamt der NSDAP, 3. Aufl. 1935.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre I 1894.

Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 8. Aufl. Leipzig 1913.

Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht, Hamburg 1932.

Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910.

Finger, Das Österreichische Strafrecht II, Berlin 1895.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. Tübingen 1931.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. Berlin 1932.

Hold-Ferneck, Die Rechtswidrigkeit I 1903, II 1 1905 Jena.

— Die Idee der Schuld, Leipzig 1911.

— Der Versuch, Aufsatz aus: „Der neue deutsche Strafgesetzentwurf", herausgeg. von Gleispach, Leipzig 1921, S. 56.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 23. Aufl. Berlin 1921, 25. Aufl. desgleichen.

Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.

Mezger, Strafrecht, 2. Aufl. München 1933.

Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Wien 1933.

Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft, Hamburg 1934.

Tesar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Berlin 1907.

Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, Tübingen 1930.

„Die Wissenschaft hat viel Nutzen gebracht, jetzt möchte man, im Mißtrauen gegen die Religion und Verwandtes, sich ihr ganz unterwerfen. Aber Irrtum! Sie kann nicht befehlen, Weg weisen; sondern erst, wenn man weiß, wohin? kann sie nützen."

(Nietzsche, Aus dem Nachlaß zur Morgenröte).

Vorwort.

Durch die gegenwärtigen Reformarbeiten am Deutschen Strafrecht wird das juristische Interesse wieder einmal auf die Problematik eines subjektiven Strafrechtssystems gelenkt — wieder einmal, denn die Forderung nach Subjektivierung, allerdings im Dienste eines von dem heutigen ganz verschiedenen rechtspolitischen Zweckes, ist alt, und nicht nur die Theorie hat sich schon mit ihr befaßt, sondern auch die Gesetzgebung und Praxis. Das noch geltende Österreichische StGB. in der Redaktion von 1852 gibt ein Beispiel dafür; es beruht in hohem Maße auf subjektiver Grundlage.

Neu aber ist die Bezeichnung, unter der die genannte Forderung auf die Bühne der Öffentlichkeit tritt: als Ruf nach dem „Willensstrafrecht" gehört sie beinahe als unentbehrlicher Bestandteil zur Bildung des einzelnen, soweit er das Recht für sich in Anspruch nimmt, auf diesem Gebiete mitzureden, und derer sind nicht wenige. Dem Anteil der öffentlichen Meinung an dieser Diskussion entspricht leider nicht der der Wissenschaft — eine Tatsache, die sich vielleicht erklären, aber nicht entschuldigen läßt.

Diese Schrift soll ein Problem darstellen, das unter den gegenwärtigen Umständen garnicht als solches erscheint: die Stellung der fahrlässigen Straftat im subjektiven Strafrechtssystem. Gegenwärtig wird dieser Fragenkreis übergangen, sei es, daß man ihn als unwesentlich beiseite läßt, sei es, daß man die Einbeziehung des Fahrlässigkeitsdelikts in die Subjektivierung unter dem Bekenntnis zur Inkonsequenz direkt ablehnt. Nun liegt es keineswegs im Wesen eines subjektiven Systems, die Fahrlässigkeit von den systematischen Folgerungen der Subjektivierung völlig ausschließen zu müssen, was auch die Entwicklung der amtlichen Ansichten zeigt, sondern an der rechtspolitischen Parole, die gegenwärtig die Gedanken beherrscht: „Der verbrecherische Wille wird bestraft." In der Tat gibt es bei der Fahrlässigkeit nichts an verbrecherischem Willen zu bestrafen; aber es gilt nur den tieferen und vorherrschenden Zweck dieser Subjektivierung zu erkennen, dessen engerer, nur auf bestimmt geartete Fälle angewandter Ausdruck jene Parole darstellt, und dann steht der Einbehaltung des fahrlässigen Delikts im subjektiven System nichts im Wege.

Zu bestimmen, wie die endgültige Entscheidung der Strafrechtspolitik auszusehen hat, ist nicht Sache der Theorie. „Die Wissenschaft kann nicht befehlen", dieses Satzes bleiben wir uns bei der ganzen Darstellung bewußt.

I. Teil A. Von den beiden Komponenten der den Gegenstand strafrechtlichen Einschreitens bildenden Störungen menschlichen Zusammenlebens wählt ein objektives System zum sog. „Anknüpfungspunkt" die durch menschliche Willensbetätigung herbeigeführte objektive Zustandsveränderung der Umwelt, sei es die abgeschlossene (Erfolgsdelikte), sei es die in der Entwicklung begriffene (Tätigkeits- oder schlichte Handlungsdelikte). Ein Willensinhalt oder eine Vorstellung des Täters wird quantitativ und qualitativ nur insoweit für die Bewertung des Delikts berücksichtigt, als eine von diesen verursachte oder begleitete objektive Tatbestandsverwirklichung vorliegt. Bleiben umgekehrt diese Vorstellungen und dieser Wille an Umfang und Bedeutung hinter dem vorliegenden objektiven Tatbestand zurück, oder liegt ein sog. Irrtum über diesen vor, so führt das Festhalten am objektiven Prinzip zur Bildung erfolgsqualifizierter Deliktstypen und in reiner Ausgestaltung zum Erfolgsstrafrecht und zur frühgeschichtlichen Zufallshaftung zurück. In der Regel versteht man aber unter einem objektiven System wenigstens grundsätzlich nur ein solches, das auch die objektive Seite der Tat nur insoweit in Betracht zieht, als ihr ein Vorstellungs- oder Willensinhalt in der angedeuteten Weise entspricht, oder kurz ausgedrückt: objektiver Tatbestand und sein seelisches Spiegelbild im Täter bilden zusammen, soweit sie sich decken, die Grundlage der Bestrafung. Dies hat seine Hauptbedeutung in Irrtumsfällen; ein streng objektives System dürfte einen strafmildernden oder -ausschließenden Irrtum ebensowenig wie einen strafbegründenden oder -schärfenden kennen.

Anders liegt es bei einem subjektiven System. Dieses wählt in erster Linie die andere Komponente der Störung, die Projektion der Tat in die Psyche des Täters, zum Gegenstand strafrechtlicher Beurteilung. Der rechtlichen Bewertung unterworfen wird der objektive Tatbestand nur insoweit, als ein korrespondierender psychischer Tatbestand vorliegt. Wille und Begleitvorstellungen des Täters, die über das objektive Geschehen hinausreichen, ersetzen entweder gänzlich oder vervollständigen oder ändern bei völlig anderem Inhalt die objektive Tatbestandserfüllung ab. Je nach dem Grade der Subjektivierung ändert sich hierbei die strafrechtliche Funktion der äußeren Zustandsveränderung, sie kann vom Träger des Unrechts zur objektiven Strafbarkeitsbedingung und zur bloßen Prozeßvoraussetzung, letzten Endes zum Beweismittel für einen vorhandenen „bösen Willen" herabsinken. In der konsequentesten Form ergibt sich das Gegenstück zum Erfolgsstrafrecht: das reine Gesinnungsstrafrecht.

Wir vermieden es bisher, das Wesen des Subjektivismus in einer bevorzugten Beachtung des sog. „subjektiven Tatbestandes" zu suchen. Eine Analyse dieses Begriffes zeigt, falls man ihn nicht einfach mit Schuld im älteren psychologischen Sinne identifiziert, daß er zwei scharf

zu trennende Gruppen von Erscheinungen enthält: nämlich einmal objektiv feststellbare wie Zurechnungsfähigkeit, sonstige teils zur Schuld, teils aber auch nicht mehr dazugehörige Charaktereigenschaften als Vermittler wirksam gewordener Tatmotive und daneben die im engeren Sinne subjektiven Daten, die psychologischen Beziehungen zur Tat in Gestalt von Vorstellungs- und Willensinhalt. Nur die Beachtung der letzteren bei Fehlen entsprechender objektiver Tatbestände macht das eigentliche Wesen subjektiver Systeme, vor allen Dingen aber der heute im Brennpunkt des rechtspolitischen Interesses stehenden Arten, aus. Zwar wird die praktisch bei allen subjektiven Systemen wohl erfolgende bevorzugte Beachtung des ganzen subjektiven Tatbestandes das Schwergewicht nicht nur vom objektiven Erfolg weg in die Schuld (oder die Gefährlichkeit) als haftungsbegründenden Tatbestand verlegen und damit seine Wirkung gänzlich erschöpfen, sondern daneben auch die Motive der Tat- bzw. Schuldentstehung für die Bestimmung des Schuld- und Strafmaßes verwerten. Aber die letztere Aufgabe wird in allerdings unvollkommener und leicht schematisierender Form auch von einem objektiven System gelöst. Dieses ist ebenfalls in der Lage, die „objektiven" Bestandteile des subjektiven Tatbestandes, die das eigentliche Problem der Schuldschwere bei gleichem Deliktstypus ausmachen, zu beachten. Daher ist diese Folgerung der Subjektivierung nicht recht zur Kennzeichnung ihres Wesens geeignet.

Unter dem Ausdruck „Subjektivierung des Strafrechts" verbergen sich also, wenn man ihn auf den gesamten subjektiven Tatbestand bezieht, verschiedene Tendenzen. Der sich hieraus ergebende Unterschied ist von grundlegender rechtspolitischer Bedeutung.

Zu trennen ist hier die Subjektivierung, um das Überschießen des Täterwillens oder der Tätervorstellungen über den objektiven Tatbestand in Richtung auf einen weiterreichenden strafrechtlich mißbilligten Erfolg erfassen zu können und die Subjektivierung, um die Motive zur Schuldentstehung, also die Daten, die zur Beantwortung der Frage dienen: „Warum hat der Täter das getan?", sowie seine gesamten Charakteranlagen unter Berücksichtigung von Umwelteinflüssen besser als im objektiven System berücksichtigen zu können.

Es können bei der Wahl eines Strafrechtssystems zwei völlig verschiedene Gesichtspunkte zur Entscheidung für ein subjektives System führen. Objektive Systeme generalisieren die Verbrechen; individuelle Merkmale liegen fast immer auf subjektivem Gebiet und werden grundsätzlich bis auf die Berücksichtigung weniger typischer Tatmotive in Einzelfällen des Schuld- und Unrechtsausschlusses und in der Strafzumessung vernachlässigt. Dies schien der Dogmatik soweit erträglich, als strafbegründende oder -verschärfende Umstände in Betracht kamen, nicht aber, soweit es sich um strafmildernde oder -ausschließende handelte. Aus diesen Schwierigkeiten ergab sich der bekannte Streit der Alt- gegen die Jungliberalen, der Klassiker gegen die Modernen, und die bisher rechtspolitisch bedeutsamste Form der Forderung nach Subjektivierung des Strafrechts, das Täterstrafrecht Franz v. Liszts, diente eben dem Zwecke der Individualisierung zwecks Strafmilderung, ja letzten Endes Erlösung von der

Strafe, was aus der allmählichen Ersetzung des Schuldbegriffs durch die soziale Gefährlichkeit besonders deutlich hervorgeht.

Infolge der oben erwähnten Möglichkeit erweiterter Fassung des Begriffes „subjektiver Tatbestand", der summarisch alles umfaßt, was Strafgrund und Strafmaß und nicht nur ersteren beeinflußt, ist seine Verwendung zur erforderlichen scharfen Erfassung der wesentlichen Unterschiede in den Subjektivierungstendenzen verschiedener strafrechtlicher Epochen denkbar ungeeignet. Aber auch das aus der modernen Schule stammende Schlagwort: „Nicht die Tat, sondern der Täter wird bestraft" war leider, wie alle populären Vereinfachungen, nicht geeignet, das Wesentliche und Unterscheidende grade der spätliberalen Dogmatik zu charakterisieren, es paßt auf jede Art der Subjektivierung und wurde daher auch zur Kennzeichnung der neuen deutschen Reformbestrebungen verwandt, was als Übernahme gegnerischer Schlagworte vermieden werden sollte und gegen das Interesse an reinlicher Scheidung die Tatsache nicht mit dem erwünschten Maß von Nachdruck betont, daß diese Bestrebungen dem erwähnten anderen rechtspolitischen Gesichtspunkte entsprungen sind.

Zeitlich in Hinblick auf den Erfolg bewertet greift nämlich ein subjektives System der eingangs erwähnten Prägung, das subjektive System im eigentlichen Sinne, in der Verbrechensverfolgung eher zu als ein objektives. Da der Tat die Vorstellungs- und Willensbildung im Täter vorausgeht, diese subjektiven Daten den Kernpunkt rechtlicher Betrachtung bilden, und ein Minimum an objektiver Tatbestandsverwirklichung zur Auslösung des Strafanspruches genügt, so braucht nicht bis zur völligen Setzung eines Erfolgsdeliktes gewartet zu werden, um einschreiten zu können: „die Grenze der Strafbarkeit ist vorverlegt", wie der offizielle Ausdruck lautet. Unter diesem Gesichtswinkel dient das Eingehen auf die Psyche des Täters nicht individualisierenden Tendenzen; im Gegenteil werden jetzt die relevanten psychischen Tatbestände typisch gestaltet und generell bewertet, sodaß umgekehrt wie oben eine Berücksichtigung der Tätereigenheiten für Strafmilderung und -aufhebung nicht in Betracht kommt. Strafbegründung und -schärfung dagegen können ihre Rechtfertigung in individuellen Merkmalen finden und sollen dies nach Absicht der Strafrechtskommission auch.

Ein solches Strafrecht, das dem straffällig werdenden Menschen prinzipiell eine stärkere Verantwortung bereits für sein Denken und Wollen auferlegt, kann nicht auf das Schuldprinzip verzichten, das allein eine Vergeltungsstrafe als Korrelat zur Verantwortlichkeit rechtfertigen kann. Es wird immer dann als zweckmäßig empfunden werden, wenn in dem alten Problem des Verhältnisses des einzelnen zu Gesamtheiten sich das Augenmerk vorwiegend auf das Ganze, sei es in Form des vom Landesherrn oder sonstigen Diktators absolut geleiteten Staates oder aber in Form einer rassenbiologisch fundierten Gemeinschaftsidee richtet. Dieses Aufsteigen des Beobachters zu Höhen, die weite Perspektiven und überindividuelle Ziele überschauen lassen, läßt diesen das einzelne Menschenwesen aus den Augen verlieren; die ersten, individualistischen, demokratischen Formen der Subjektivierung nehmen den Verbrecher als Menschen

wichtig, die zweiten, universalistischen, autoritären, (oder wie man sie sonst nennen will, was liegt an Worten!) wollen gerade das vermeiden. Die ersten strafen den Täter statt der Tat, weil ihnen letztere in isolierter Betrachtung nicht genügend über dessen Eigenheiten aussagt, die zweiten tun das, weil sie auf die Tat nicht warten und dem Verbrecher zuvorkommen wollen. Die Folgerungen für den Aufbau des Strafrechtssystems sind dabei grundverschieden: dort unbestimmte Strafgesetze und unbestimmte Urteile z. B., hier Unternehmens- und Gefährdungstatbestände.

Es liegt auf der Hand, daß sich diese Unterscheidungen nicht völlig scharf durchführen lassen. Ein reines Persönlichkeitsstrafrecht kann u. U. beide Tendenzen vereinigen. Dennoch ist diese Trennung für die Erkenntnis des rechtspolitischen Unterschiedes wertvoll, es kommt auch hier auf den überwiegenden Zweck, auf die Absicht, nicht nur auf in Kauf genommene, nicht vermeidbare oder auch erwünschte Nebenfolgen an.

Der Lisztschen Schule ist es nicht vergönnt gewesen, ihre Gedanken zu praktischer Gestaltung zu führen. Das Österreichische StGB aber bietet das praktische Beispiel für ein subjektives Strafrechtssystem autoritärer Prägung. Es wurde geschaffen zur Zeit des aufgeklärten Absolutismus, der trotz der Bezeichnung „aufgeklärt" auf gründlicher Abneigung gegen Revolution und Volkssouveränität beruhte und war später in neuer Redaktion als brauchbares Instrument des Legitimismus zu verwerten, ist also deutlich antiliberal gerichtet, ohne natürlich etwas mit den Ideen des 3. Reiches zu tun zu haben. Für unsere Aufgabe gewinnt es besondere Bedeutung durch die Einbeziehung des Fahrlässigkeitsdelikts in die Subjektivierung; es wird bei der Einzeldarstellung dementsprechend herangezogen werden.

B. I. Haben wir jetzt das „Was" und „Wozu" subjektiver Strafrechtssysteme angedeutet, so betreten wir mit der Frage nach dem „Wie" den systematischen Boden. Wir sprachen von subjektiven Systemen und in der Tat ergeben sich mannigfache Möglichkeiten der Subjektivierung mit wiederum vielen Zwischenformen und allen erdenklichen Übergängen. Um nun für unsere Untersuchungen eine brauchbare Grundlage zu finden, stellen wir kurz die möglichen Arten subjektiver Systeme zusammen und gewinnen dann nach Ausscheidung der rechtspolitisch überholten und der aus sonstigen Gründen nicht verwendbaren Formen die Basis, von der aus die systematischen Folgerungen in Bezug auf fahrlässige Straftaten gezogen werden sollen. Dabei soll der Prüfstein für die Brauchbarkeit der Systeme dem Ziel der zweiten, autoritären Art Subjektivierung, die auch, wie ausgeführt, ihr eigentliches Wesen ausmacht, entnommen werden. Die Gesichtspunkte des strafrechtlichen Liberalismus scheiden aus.

Als konsequenteste Form eines subjektiven Strafrechts nannten wir schon ein System, das für die Strafbarkeit völlig von der Verwirklichung eines objektiven Tatbestandes absieht und den Menschen als Bündel psychologischer Daten, als Träger einer bestimmten Gesinnung, der strafrechtlichen Beurteilung unterstellt. Wer durch seinen Charakter einen solchen „Willensbestand" (Ausdruck Hold-Ferneck's) erfüllt, wird bestraft.

Ein solches Persönlichkeits- oder Gesinnungsstrafrecht (die Benennung erfolgt hier ohne rechtspolitische Färbung rein theoretisch) wird zwar der Forderung nach möglichst vorbeugender Wirkung des Strafgesetzes am weitesten entgegen kommen, wird aber auch einhellig als praktisch unmöglich verworfen. Man übersieht aber hier etwas noch viel Wichtigeres: daß man nämlich gezwungen ist, die ganze Lehre vom objektiven Recht zu revidieren, wenn man ein solches Strafrecht einführen will. Von dem vorläufig noch geltenden Begriff des objektiven Rechtes aus ist es schlechterdings unmöglich, unter einem strafrechtlich zu ahndenden Verstoß etwas anderes zu verstehen als eine menschliche Tat, eine objektiv wahrnehmbare Störung einer bestimmten Art des Gemeinschaftslebens. Man müßte die Reform dieses Rechtsbegriffes in der Richtung vortreiben, daß bereits das rein psychologische Abtrünnigwerden vom Gemeinschaftsgeist, etwa das Heraustreten aus einer „konkreten Ordnung" durch Wandlung der generellen in eine individuelle Wunschrichtung in der Psyche des Menschen das Betreten des Unrechtsgebietes bedeutet. Man müßte Schuld oder Gefährlichkeit mit Unrecht identifizieren. Gibt man aber auch zu, daß die spezifische Wirkung des Rechts in der Vorbeugung liegt, so kann man doch nicht durch eine Strafe vorbeugen, als deren wesentlicher Inhalt gerade heute wieder die Vergeltung betont wird.

Ein reines Persönlichkeitsstrafrecht würde einer Betrachtung in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte im geläufigen Sinne unzugänglich sein, auch wenn dieses auf dem überlieferten Schuldprinzip aufbauen würde. Denn die bekannten Schuldformen des Strafrechts sind zunächst aus dem Bedürfnis nach Klärung der psychischen Beziehungen des Täters zu einer scharf umrissenen, gegenwärtig vorliegenden und wenn nicht abgeschlossenen, so doch begonnenen Tatbestandsverwirklichung (materiell als Verletzungserfolg begriffen), aus dem Bestreben nach Ausscheidung der zurechenbaren aus den zufälligen Naturereignissen entstanden, sodaß bei Verzicht auf die Verwirklichung objektiver Tatbestände die Tatschuldformen erheblich modifiziert werden müßten und zwar in einer Richtung, die die Bemühungen um Aufweisung einer „Charakterschuld" — besser: eines schuldhaften Charakters — seitens der Symptomatiker vorgezeichnet haben.

Der Einfachheit halber legen wir der Untersuchung einen einheitlichen Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde. Die Darlegungen passen in erster Linie auf die unbewußte Fahrlässigkeit. In sinngemäßer Übertragung gilt dasselbe aber auch für die Sonderform: luxuria und die durch ihr besonderes Bezugsobjekt charakterisierte sog. „Rechtsfahrlässigkeit". Auch in diesen Fällen ist der Erfolg nicht völlig in seiner ganzen tatsächlichen u n d rechtlichen Bedeutung dem Willen und Bewußtsein des Täters einverleibt.

Die Fahrlässigkeit als Tatschuldform hat nun gegenüber dem Vorsatz noch die Eigenart, daß der tatbestandsmäßige Erfolg (rein formal verstanden) einer Tätigkeit, der sog. fahrlässigen Handlung, seine Verknüpfung mit der Schuld außer durch die Kausalität durch eine nachträgliche Wahrscheinlichkeitsrechnung bezüglich seiner Voraussehbarkeit erfährt und nicht dadurch, daß er Vorstellungs- oder Willensinhalt im

Täter bildet. Die Möglichkeit einer solchen Erfolgsbeziehung gehört daher zum Wesen der Fahrlässigkeit (wie noch näher auszuführen ist), letztere ist ein eine menschliche Tätigkeit begleitendes objektives Urteil und ein positiver psychologischer Tatbestand nur insoweit, als die Frage des eigentlichen Schuldvorwurfs, des „Daran-Denken-Müssens“ auf Grund einer individuellen Charakterdiagnose, die außerhalb des auf die Tat bezüglichen Willens- und Vorstellungsinhalts ihr Objekt findet, beantwortet wird. Hierher gehören z. B. berufliche Fähigkeiten, Nervosität und dergl.

Verzichten wir für die Strafbarkeit auf ein Tätigwerden, das die Möglichkeit eines fahrlässigen Erfolgseintrittes in sich birgt, so muß dieser Fahrlässigkeitsbegriff entfallen. Trotzdem gestattet eine Verlegung der Schuldabwägung in die reine Charakterbetrachtung, weiter von Fahrlässigkeit zu reden. Man müßte dann allerdings versuchen, den negativen Charakter der Fahrlässigkeit irgendwie ins Positive umzuwenden, indem man etwa auf den „materiellen Schuldgehalt“ im Sinne Liszts zurückgeht oder mit Exner eine falsche Einstellung zu Rechtsgütern konstruiert, die sich an eindeutigen psychologischen Erscheinungen ablesen läßt. Ein fahrlässiger Charakter ist dann derart denkbar, daß man eine allgemeine Eignung zu unvorsichtigem und fahrlässigem Handeln konstatiert, die man als solche ohne Rücksicht auf angerichteten Schaden durch Strafe sich auszutreiben bemüht.

Eines ist allerdings zu beachten: Objektive Tatbestände zum Zwecke der Schuldfixierung könnte auch ein solches System schlecht entbehren; denn es muß zum mindesten ein Katalog rechtlicher Werte vorliegen, deren drohende Beeinträchtigung durch Gesinnung die entsprechenden charakterlichen Anlagen strafrechtlich relevant machen.

Eine Verbindung des Persönlichkeitsstrafrechts mit dem Gefährlichkeitsprinzip würde weit weniger Schwierigkeiten machen, da der Gefährlichkeitsgedanke einmal gerade seiner inneren Tendenz nach ein Wegblicken von objektiven Tatbeständen und ein Durchsuchen der Täterpsyche weit über den engen Rahmen der Beziehung zu einem solchen Tatbestand hinaus bedeutet. Hierzu kommt, daß die Gefährlichkeit des Täters nicht auf eine gegenwärtig verursachte Gefahr durch strafbares Handeln hinweist, sondern auf zukünftiges zu erwartendes Tun kraft gegenwärtigen gefährlichen Seins, eine Feststellung, die uns später noch näher beschäftigen wird. In Bezug auf den Zeitpunkt strafrechtlichen Einschreitens verhalten sich also Schuld und Gefährlichkeit in ihrer Tendenz zueinander wie Erfolgsstrafrecht und Gesinnungsstrafrecht. Die latente Gefährlichkeit des Täters braucht nicht zu einer Tatschuldform verdichtet zu sein, wie der böse Wille nicht zu einem Erfolg geführt zu haben braucht. Schuld weist in die Vergangenheit, Gefährlichkeit in die Zukunft; man kann genau genommen nur einer vergangenen Tat „schuldig“ und nur in Bezug auf eine künftige Tat „gefährlich“ sein.

Der Begriff der Gefährlichkeit kommt also der hier maßgebenden subjektiven Richtung entgegen, und ein Persönlichkeitsstrafrecht in wirklich reiner Form läßt sich am zwanglosesten auf seiner Grundlage aufbauen. Dies gilt aber daneben auch für die andere, individualistische Form der

Subjektivierung, denn der Umfang des Schuldbegriffes ist viel zu eng, um sein und nur sein Vorliegen zur Voraussetzung des Eingreifens zu machen, wenn man den Schutz der Gesellschaft vor dem Rechtsbrecher und den Schutz des letzteren vor der Strafe erzielen will. Einen Beweis hierfür bildet die Entwicklung der v. Lisztschen Richtung, die zwar den objektiven Tatbestand nicht in diesem Sinne entbehren wollte, aber schon durch die anders geartete Subjektivierung unter Forderung unbestimmter Strafgesetze und -urteile immer weiter auf der Bahn des Gefährlichkeitsstrafrechts vorangetrieben wurde.

II. Wir beschränken die Betrachtung der reinen subjektiven Systeme als praktisch nicht brauchbarer Formen demnach auf die bisher erläuterten Grundzüge und wenden uns den wesentlich größere Bedeutung beanspruchenden Systemen subjektiver Natur zu. Sie verlangen zum strafrechtlichen Einschreiten eine irgendwie geartete Verwirklichung eines objektiven Tatbestandes. Auch diese „gemischten" Systeme können wieder in doppelter Weise aufgebaut werden, sei es mit dem Schuld-, sei es mit dem Gefährlichkeitsprinzip. Aus dem oben über das Wesen der Gefährlichkeit Gesagten ergibt sich dabei, daß im Gegensatz zu den reinen Systemen bei den gemischten gerade die Gefährlichkeit und nicht die Schuld Schwierigkeiten bei der Ausgestaltung und Ausrichtung auf einzelne konkret verwirklichte Tatbestände wegen ihres wesentlich in die Zukunft weisenden Charakters sowie wegen ihrer Verankerung im Wesen des Täters zu Tage treten läßt. Man könnte zur Bequemlichkeit hier die Tat anstatt mit einer Einzel- mit einer Charaktergefährlichkeit, wie sie dem Persönlichkeitsstrafrecht entspricht, kombinieren. Dies erleichtert zwar den Nachweis der subjektiven Tatseite infolge der erheblichen Erweiterung dieses Begriffs, kann aber zu den sonderbarsten Resultaten führen, wenn nicht nur auf eine mögliche Wiederholung der den Anlaß zur Untersuchung gebenden Tatbestandsverwirklichung gerechnet wird, sondern noch dazu die Untersuchung des Charakters auf Gefährlichkeitsrichtungen stoßen läßt, die nichts mehr mit der Einzeltat zu tun haben, ganz andere Rechtseinrichtungen betreffen, und die doch zur Gesetzesanwendung verleiten. Wer mordet, wird dann u. U. wegen eventueller künftiger Morde oder gar, vielleicht unbewußt, wegen künftiger Diebstähle bestraft. Über die Funktion des objektiven Tatbestandes in diesen Systemen sei daher bemerkt, daß seine Verwirklichung nicht das Tor zu einem reinen Gesinnungsstrafrecht öffnen und nicht nur ein auslösendes prozessuales Moment für die Bestrafung wegen ganz anders gerichteter Schuld bzw. Gefährlichkeit abgeben sollte, sondern daß der objektive Tatbestand Richtung und Grenzen der Schuld- oder Gefährlichkeitsuntersuchung bestimmt und seine Setzung mit haftungsbegründend wirkt. Das andere Verfahren würde noch zu den reinen subjektiven Systemen gerechnet werden können.

Zur Namengebung sei noch bemerkt, daß man diese Systeme am besten ihrer gemischten Natur entsprechend mit einem Namen belegt, der Bedeutung und Charakter der objektiven und subjektiven Elemente klar zutage treten läßt, also etwa Tat-Einzelschuld- bzw. Einzelgefährlichkeit-

System und Tat-Charakterschuld bzw. -Charaktergefährlichkeit-System. (Vgl. hierzu auch die etwas anderen Benennungen Zimmerls). Allerdings haben auch diese Bezeichnungen noch den Nachteil, daß sie den Vorrang der subjektiven Tatseite nicht zum Ausdruck bringen.

C. I. Da wir das Fahrlässigkeitsdelikt im subjektiven Strafrechtssystem behandeln wollen und mit dem Thema die Entscheidung für das Schuldprinzip gegeben ist, lassen wir die Kombination Tat-Einzel- oder Charaktergefährlichkeit beiseite. Zwar sind die gangbaren Schuldformen zum Teil auch in dem Gefährlichkeitsbegriff enthalten, aber sie bilden höchstens einen Ausschnitt aus dem subjektiven Tatbestand eines mit diesem Prinzip aufgebauten Systems und entbehren einer selbständigen Bedeutung; sie können nicht einmal terminologisch abgetrennt werden. Auch rechtspolitisch ist dieses System, wie schon erwähnt, überholt. Ebenso vermeiden wir es, die Einzeltat mit der Charakterschuld zu verbinden, wie dies bekanntlich die Symptomatiker propagieren, um etwa auf dieser Grundlage unsere Aufgabe zu lösen. Die Charakterschuld hat vielfach im Dienste individualistischer Tendenzen gestanden, sie ist auch zur Zeit trotz eines gewissen gegenteiligen Anscheins, der sofort erörtert werden wird, nicht maßgebend für eine Reform in Erwägung gezogen.

Es bleibt nun noch übrig, das Verhältnis des sog. „Willensstrafrechts" als der aktuellsten Form aller subjektiven Systeme zu dem Tat-Einzelschuld-Strafrechtssystem festzustellen. Nach den Ausführungen der verschiedenen Reformschriften und insbesondere der amtlichen Berichte des Justizministeriums (Gürtner) scheint die Absicht vorzuherrschen, die Schuld weniger in den der einzelnen Tat korrespondierenden psychischen Tatsachen, als vielmehr in den gesamten Charaktereigenschaften des Täters zu suchen. Man kann dabei das deutliche Bestreben nicht verkennen, die Beachtlichkeit des Menschen für das Strafrecht auf das Vorhandensein einer (schon früher so genannten) potentiellen, verborgen im Charakter und in der Gesinnung liegenden Schuld zurückzuführen. Dahinter tritt anscheinend die Bedeutung der aktuellen, sich in der einzelnen Tat offenbarenden und auf sie beschränkten Schuld, zurück. Die an den „uomo delinquente" erinnernde Auffassung von einer bestimmten Menschensorte „Rechts- oder Treubrecher", den „Trägern des verbrecherischen Prinzips", die allzusehr die bedenklich schwankende und fließende Grenze zwischen den Vertretern des Rechts und des Unrechts übersieht, (es steckt auch etwas Wahrheit in dem Satz, daß eine Tat über den Menschen nichts aussagt — man denke hier an das Problem der Persönlichkeitsadäquanz der Tat, sowie an den hier einschlagenden philosophischen Streit) scheint auf eine Charakterschuld hinzudeuten. Sieht man sich aber hierzu die im Allgemeinen Teil des Berichts der Strafrechtskommission formulierten Schuldformen an, so laufen diese Definitionen praktisch auf Tatschuldformen hinaus, und die starke Betonung der verbrecherischen Gesinnung als des eigentlich Strafwürdigen enthüllt sich einfach als die Absicht, die Einzelschuld dem Charakter des Täters aufzubürden und letzteren unter dem Gesamturteil „schlecht" oder „verbrecherisch" dem Richter als inner-

halb des Strafrahmens besonders strafwürdig vorzustellen oder m. a. W. zwar den Charakter des Täters zur Fixierung der Schuldschwere im oben erläuterten Sinne heranzuziehen, ihn aber nicht zur Begründung des Schuldurteils überhaupt zu verwenden, welch letzteres aber die eigentliche Aufgabe einer Charakterschuld wäre. Es wird auch hier wie bei den Symptomatikern aus der Schuld auf den Charakter und nicht aus dem Charakter auf die Schuld geschlossen. „Charakterschuld" bedeutet aber, (worauf besonders Zimmerl hinweist) daß auf Grund von Tatsachen, die außerhalb der unmittelbaren psychischen Beziehungen des Täters zur Einzeltat im subjektiven Tatbestand liegen, das Schuldurteil gefällt wird.

Da somit nur eine Zurechnung der Tatschuld zum Charakter stattfindet, die zwar für die Strafzumessung, aber nicht für die Schuldfrage Bedeutung besitzt, so ergibt sich, daß in der Tat das „Willensstrafrecht" nichts anderes als ein Tat-Einzelschuld-System darstellt und daher die Basis unserer Untersuchung nur der theoretische Ausdruck für ein solches Willensstrafrecht ist.

II. 1. Die Reformliteratur pflegt das Wesen der subjektiven Systeme dahin zu kennzeichnen, daß bei ihnen die Strafe an den subjektiven Tatbestand anstatt an den objektiven „anknüpft". Dieser undeutliche Ausdruck verschleiert die Tatsache, daß dieses Anknüpfen mehrere Möglichkeiten systematischer Ausgestaltung enthält, was man sofort erkennt, wenn man von der Frage: „Was wird bestraft", deren Beantwortung mehrere zu trennende Dinge umfaßt, auf die Frage zurückgeht: „Woran knüpft das Recht sein Unwerturteil?" oder „Was ist in einem subjektiven System rechtswidrig?" Da nun die Strafe an den subjektiven Tatbestand „anknüpft" und dessen Daten für die Strafwürdigkeit der gesamten Tat nicht nur der Höhe, sondern auch der Entstehung nach, entscheiden, und insbesondere Schuldüberschüsse bestraft werden sollen, denen kein verwirklichter objektiver Erfolg entspricht, so muß notwendig, da nur etwas Rechtswidriges bestraft werden kann, diese Rechtswidrigkeit in der subjektiven Tatseite stecken, womit nicht gesagt ist, daß sie gerade in der Schuld steckt und sie ausmacht. Wohl aber muß sie in einer psychischen Beziehung zu dem nicht verwirklichten Tatteil bestehen. Wünschen wir also aus kriminalpolitischen Gründen ein subjektives Strafrechtssystem wirklich folgerichtig durchzuführen, so müssen wir uns fragen, ob wir aus Gründen der inneren Logik von der herrschenden Auffassung über die Natur der Rechtswidrigkeit Abschied zu nehmen gezwungen sind; ändern wir aber den Charakter des Unrechts, so stehen wir auch in einer neuen Lehre von dessen Gegenstück, dem Recht. Auf diesem Wege begegnen wir einer Theorie, die genau in umgekehrter Richtung vorging und rein abstrakte Untersuchungen über die Natur des Rechts zur Grundlage nahm: der Imperativentheorie in den Varianten von Bierling, Hold-Ferneck, Thon und anderen. Es handelt sich kurz um die Frage, ob wir die Rechtswidrigkeit im subjektiven System in eine objektive und eine subjektive aufspalten können oder nicht.

II. 2. Die Mezgersche Lehre von den Rechtsnormen als objektiven Bewertungen bestimmten Verhaltens, die wohl bisher als herrschend zu bezeichnen war, und die wir deshalb an Stelle eines unübersehbaren Schriftenmaterials über diese Frage zugrundelegen, führt unbedingt zu einer solchen Zweiung, und trotzdem ist diese Auffassung in einem subjektiven System mit gewissen Veränderungen haltbar. Es muß nur ein subjektiver Bestandteil in den rein objektiven Unrechtsbegriff eingebaut werden, der aber nicht die Schuld sein darf, denn dann stehen wir in der Imperativentheorie und in einer einheitlichen Schuld- bzw. Unrechtsauffassung. Diese Weiterfassung des Unrechts ist zur Poenalisierung von Vorstellungs- und Willensinhalten, die über objektive Erfolge hinausreichen, unbedingt erforderlich. Hinzutreten muß zu diesen Daten noch ihre Schuldhaftigkeit, aber schon ihr schuldloses Vorliegen begründet das notwendige Rechtswidrigkeitsurteil über die Tat. Die objektive Rechtswidrigkeit, die in dieser Ausgestaltung keinen Normadressaten kennt, liegt dann z. B. in dem Setzen eines Tatbestandes mit sog. natürlichen Vorsatz, d. h. zur objektiven Bewertung eines Vorganges als rechtswidrig genügt, daß auf der subjektiven Seite die psychologischen Schuldbestandteile im Sinne Mezgers vorliegen. Erst durch das Hinzutreten der charakterologischen und motivatorischen Elemente, in denen der eigentliche Schuldvorwurf steckt, wird die Tat schuldhaft und strafbar, ist sie auch gleichzeitig subjektiv rechtswidrig. Die Ausdrücke „objektiv" und „subjektiv", die vom objektiven Strafrechtssystem herkommen, passen zur Not auch hier, denn auch ein psychologischer, deskriptiver Tatbestand kann im Gegensatz zu einem normativen objektiv genannt werden.

Für die Fahrlässigkeitsdelikte ergibt sich in einem solchen System, das wir im Anschluß an Zimmerl das psychologische nennen wollen, die Schwierigkeit, ob überhaupt eine vom Schuldvorwurf freie Fahrlässigkeit denkbar, oder ob nicht vielmehr im Begriff der Fahrlässigkeit das Schuldurteil notwendig enthalten ist. (Darüber unten Teil III). Der Nachweis einer solchen einfachen Fahrlässigkeit bleibt bei diesem Rechtswidrigkeitsbegriff aber nicht erspart, da in ihm, wie schon betont, ein subjektives Unrechtselement nachgewiesen werden muß und dies im rechtlich neutralen Vorsatz der fahrlässigen Handlung nicht gefunden werden kann, weil nicht die von diesem Vorsatz begleitete Handlung den rein objektiven Bestandteil des Unrechts beim Fahrlässigkeitsdelikt ausmacht, sondern nur der unvorsätzlich verursachte Erfolg und, wenn dieser fehlt, nur die auf ihn hinzielende Fahrlässigkeit, nicht aber die fahrlässige Handlung als solche bestraft wird.

Betrachten wir aber nur die schuldhafte Tat als wesentlich für das Strafrecht, ist also nur die schuldhafte Tatbestandsverwirklichung rechtswidrig, so gelangen wir zu einem einheitlichen, unteilbaren Begriff der Rechtswidrigkeit; das Recht ist ein Komplex von Imperativen oder subjektiven Bestimmungsnormen, Rechtswidrigkeit ist Pflichtwidrigkeit, wobei die Quelle dieser Pflicht nicht allein im geschriebenen Gesetz gesucht zu werden braucht. Es gibt keine objektive und keine subjektive Seite an dieser Rechtswidrigkeit und sie ist auch ihrer Substanz nach nichts bloß

Subjektives. Deshalb vermeidet man am besten, hier von einer subjektiven Natur der Rechtswidrigkeit zu sprechen. Dieser Ausdruck hat nur Wert, wenn man auch eine zweite Art der Rechtswidrigkeit anerkennt und ihn als Ergänzungsbegriff verwendet. Sehr richtig sagt deshalb Hold-Ferneck: Der Begriff der Rechtswidrigkeit oder Pflichtwidrigkeit läßt eine Zerfällung in eine objektive und subjektive Seite schlechterdings nicht zu. Diese Vereinheitlichung des Rechtswidrigkeitsbegriffes ist aber das Wesentliche, nicht seine subjektive Natur. Denn es ist ungenau, dieses von Zimmerl das normative genannte System dahin zu charakterisieren, daß in ihm Schuld und Rechtswidrigkeit zusammenfielen. Soll hierunter Identität verstanden werden, so wäre diese nur auf dem Boden eines reinen Persönlichkeitsstrafrechts möglich, dessen theoretische Berechtigung wir bereits oben als zumindestens fraglich bezeichnet haben. Wir müssen hier aus Gründen mangelnder bisheriger wissenschaftlicher Behandlung, die auch nicht zum Thema dieser Arbeit gehört, mit den Folgerungen des bisherigen Rechtsbegriffes als Regelung menschlichen Verhaltens daran festhalten, daß im normativen System rechtswidrig das schuldhafte Handeln, nicht die schuldhafte Gesinnung ist. Es ist auch zu beachten, daß der Verstoß gegen eine Pflicht praktisch nur als ein Tätigwerden denkbar ist. Freilich ist hiermit nicht gesagt, daß die gesamten Vorstellungen verwirklicht sein müssen, um das Unwerturteil auszulösen, eine beginnende Störung des Zusammenlebens genügt nach dem in Rede stehenden System durchaus. Gedanken allein aber sind zollfrei, sie unterliegen nicht der rechtlichen Beurteilung.

Welchen dieser beiden Rechtswidrigkeitsbegriffe man einem subjektiven System zugrundelegt, ist Sache der praktischen Brauchbarkeit, über die noch bei den einzelnen Materien gehandelt wird. Betont man allerdings die Bestrafung des verbrecherischen Willens, so ist der Begriff der Pflichtwidrigkeit mit seiner Erhebung der Schuld zum Unrecht naheliegend, wenn auch nicht unentbehrlich, wie sich aus dem Gesagten ergeben dürfte.

Es ist recht interessant zu sehen, wie die Auffassung der amtlichen Strafrechtskommission langsam aber sicher auf diesen letzteren Rechtswidrigkeitsbegriff lossteuert, ohne vorerst bemerkt zu haben, daß eine grundsätzliche Entscheidung hierüber schon im Augenblick der Ausrichtung des Systems auf die Bestrafung des „bösen Willens" neu zu treffen war. In der 1. Auflage des Allgemeinen Teils d. Amtl. Berichts (Gürtner) (ebensowenig wie in den vorhergehenden inoffiziellen Arbeiten) ist noch kein Wort über den Begriff der Pflichtwidrigkeit zu entdecken, ja nicht einmal eine Ahnung davon, daß hier überhaupt ein Problem vorliegt. Die Notwehr- und Notstandsbestimmungen zeigen eindeutig, daß die Kommission trotz der Erhebung des bösen Willens zum Zentralbegriff des Strafrechts die Rechtswidrigkeit im Einklang mit der herrschenden Lehre in eine objektive und eine subjektive Seite aufspaltet, ohne daß wenigstens ein Wort über die Wahl des psychologischen Systems gesagt wäre. Erst in Einzelaufsätzen, in der zweiten Auflage der erwähnten Schrift und in den Leitsätzen des Reichsrechtsamts der NSDAP kommt die dem norma-

tiven System entsprechende Auffassung langsam zum Durchbruch, was am prägnantesten wie folgt ausgedrückt ist, Leitsätze S. 30 „Für eine Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld ist bei der grundsätzlichen Ausrichtung des Strafrechts nach dem verbrecherischen Willen kein Raum".

Entspricht so der Rechtswidrigkeitsbegriff der Reformtheorie in der Gesamtbetrachtung dem des normativen Systems, so gerät sie bei dem Umbau der Rechtfertigungsgründe und der Teilnahme in Schwierigkeiten, die sie stillschweigend mit Hilfe eines doppelten Rechtswidrigkeitsbegriffs zu lösen sucht. Denn das „Neue Deutsche Strafrecht" wehrt sich noch aus den bekannten Schwierigkeiten bei der Notwehr heraus gegen die letzten Konsequenzen des einheitlichen Unrechtsbegriffes, es gäbe dann keine Notwehr gegen Unzurechnungsfähige, das Gegenüberstehen zweier Notrechte im Notstand bleibe problematisch usw. Zur Klärung dieser Fragen tragen allerdings Wendungen wie: „Schuld und Rechtswidrigkeit bilden eine Einheit, in der die Schuld das überwiegende Element darstellt" oder „Das Strafrecht interessiert sich für eine rechtswidrige Handlung nur unter dem Gesichtswinkel, daß sie schuldhaft ist, und ein die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand ist nur insoweit wichtig, als damit die Schuld des Täters entfällt" recht wenig bei. Wir werden auf sie aber noch einmal zurückkommen.

Es hat seinen Reiz festzustellen, wie hier die Entwicklung der modernen Lehre auf einem Wege vorwärtsschreitet, der schon in einem durchgearbeiteten System vor dreißig Jahren gegangen wurde. Auch die Schwierigkeiten der Notwehr und des Notstandes sind bereits in dem gleichnamigen Buche Hold-Ferneck's ausgeräumt; vielleicht wird in nicht allzulanger Zeit diese Lösung wieder einmal entdeckt.

II. Teil A. I. Zu unserem engeren Thema übergehend betrachten wir zunächst die Stellung der fahrlässigen Straftat im normativen als dem z. Z. wichtigeren und konsequenteren, wenn auch praktisch nicht ganz so empfehlenswerten System, während wir bei der Behandlung des psychologischen Systems nur jeweils die nicht allzu bedeutsamen Abweichungen in der Regelung der einzelnen Rechtsinstitute verzeichnen.

Wie schon erwähnt, verschleiert der Ausdruck Willensstrafrecht das Problem, das sich in Bezug auf die systematische Stellung des fahrlässigen Deliktes ergibt. Der Blick des Kriminalpolitikers starrt wie gebannt auf den zu erfassenden bösen Willen, das tatsächliche Überwiegen sowie die größere Bedeutung der Vorsatzdelikte leistet diesem Hinwegsehen über die Fahrlässigkeit weiteren Vorschub. Wie gesagt gibt es an der Fahrlässigkeit keinen bösen Willen zu bestrafen. Die bewußte Fahrlässigkeit sieht zwar den Erfolg voraus, aber nicht als sicher und sie will ihn auch nicht, und gerade diese innerliche Ablehnung trennt sie nach der landläufigen Meinung vom eventuellen Vorsatz. Ähnlich ist es bei der sog. „Rechtsfahrlässigkeit". Hier ist zwar der Erfolg sowohl als sicher vorausgesehen wie auch gewollt, und zwar in voller Tatbestandsmäßigkeit, aber entweder ist seine rechtliche Bedeutung überhaupt nicht erkannt, oder aber

seine Bewertung als Unrecht dem Täter zweifelhaft, während ihre sichere Erkenntnis zu seiner Ablehnung geführt hätte. Faßt man übrigens die Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal auf, was auch im Normativsystem möglich ist, so ist sie auch Teil des Erfolges, und die ganze Kategorienbildung ist unnötig. Der Täter hat jedenfalls in beiden Fällen keinen auf den Erfolg gerichteten bösen Willen, hielte er sein Eintreten überhaupt oder als unrechtmäßigen für gewiß, so hätte er die Tat unterlassen. Die unbewußte Fahrlässigkeit aber kennt überhaupt keine psychische Beziehung des Täters zum Erfolg, Grund genug für die Schriftsteller, die diese psychische Beziehung für das Wesen der Strafrechtsschuld halten, den Schuldcharakter der unbewußten Fahrlässigkeit überhaupt zu leugnen (Hold-Ferneck, Die Denkzetteltheorie, Kohlrausch u. a.). Wesentlich bei dieser Fahrlässigkeit ist gerade, daß nicht an einen Erfolg einschließlich der Pflichtwidrigkeit seiner Verursachung gedacht wurde, der aus einem sonstigen vorsätzlichen Handeln entstanden ist, ohne daß sich also der Vorsatz auf diesen Erfolg richtete, wobei stillschweigend und ohne Nachprüfung vorausgesetzt wird, daß der pflichtmäßig hergestellte psychische Rapport zu dem verpönten Erfolg den Täter an der Tat verhindert hätte. Der Vorsatz, mit dem die Handlung, aus der der fahrlässige Erfolg resultiert, gesetzt wurde, ist natürlich kein strafrechtlicher, er kann keinen Schuldvorwurf enthalten. Da somit jeder böse Wille als strafrechtliche Grundlage entfällt, will die Theorie des Willensstrafrechts neben anderen praktischen auch aus diesem theoretischen Grunde nach ihrem neuesten Stande (Das Neue Deutsche Strafrecht, Besonderer Teil), in den wenigen Fahrlässigkeitsdelikten, die sie überhaupt aufnimmt, z. B. fahrlässige Körperverletzung und fahrlässige Tötung, auf eine Einbeziehung in die Subjektivierung verzichten. Über die ursprünglichen Bestrebungen, ein Gefährdungsstrafrecht auszubauen, das auf einem Umweg wieder zum bösen Willen führt, wird noch gesprochen werden.

Betrachtet man aber den Hauptzweck der Subjektivierung, der viel weniger in der Bestrafung des bösen Willens — diese Aufgabe löst letzten Endes, wenn man darunter keine Gesinnungsstrafe versteht, auch ein objektives System — als in der zeitlichen und kausalen Vorverlegung der Strafbarkeitsgrenze besteht, so kann man über die theoretische Berechtigung und Möglichkeit einer Subjektivierung der fahrlässigen Straftat nicht im Zweifel sein. Man braucht nur den Ausdruck Willensstrafrecht dahin zu verstehen, daß er einen Sonderfall zur Bezeichnung eines allgemeinen Prinzips verwendet, nämlich den Täter nach der Reichweite und dem Charakter seiner Schuld zu bestrafen, und dies ohne Rücksicht auf den Umfang des verwirklichten objektiven Tatbestandes und vor allen Dingen vor Vollendung der Tat, was in der überwiegenden Zahl der Fälle, bei den Vorsatzdelikten, auf eine Bestrafung des bösen Willens [1]), bei den echten Fahrlässigkeitsdelikten aber auf etwas anderes, auf eine Gefährdungsstrafe, hinausläuft. Vorbeugungsstrafrecht wäre ein Gesamtausdruck, der beide Tendenzen umfassen würde. Ob die praktisch geringere Bedeutung der fahrlässigen Verbrechen diese Behandlung rechtfertigt,

1) die genau genommen auch nichts weiter ist als eine Gefährdungsstrafe.

kann uns bei unserer Betrachtung gleichgültig sein; unsere Aufgabe ist nur die, festzustellen, welche praktischen Möglichkeiten überhaupt ein einheitliches theoretisches System eröffnet, ohne daß diese einen Fremdkörper darin bilden, der an irgend einer Stelle zu unlösbaren Schwierigkeiten der Praxis führen muß.

II. Wir haben als das Wesen eines subjektiven Systems festgestellt, daß ein Mehr oder ein Anders gegenüber dem äußeren Geschehen im Vorstellungs- und Willenskomplex des Täters die entsprechenden Daten auf der objektiven Seite bei der strafrechtlichen Würdigung verdrängt. Für die Fahrlässigkeit ergibt sich aus diesem Prinzip Folgendes:

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß die Ersetzung der objektiven Tatbestandsmerkmale durch die Vorstellungen des Täters bei der Fahrlässigkeit nicht in der Weise wie beim Vorsatz möglich ist, denn die Schuld besteht nicht in einem vorzuwerfenden Vorstellungs- oder Willensinhalt, sondern gerade im Fehlen eines solchen. Die Fahrlässigkeit ist im Verhältnis zum Vorsatz eine wesentlich o b j e k t i v e Schuldform. Dabei ist es bedeutungslos, welcher Willensinhalt fehlt. Das weite Gebiet des Irrtums über Tatbestandsmerkmale, kausale und sonstige Modalitäten, sowie über die Rechtswidrigkeit der Handlung, das beim Vorsatz eine solch große Rolle spielt, entfällt damit gänzlich; denn die Fälle, wo der vorsatzausschließende Irrtum grade das Fahrlässigkeitsurteil begründet, gehören nicht hierher, uns interessiert nur der u. U. fahrlässigkeitsausschließende Irrtum.

Strafbeeinflussende Subjektivismen könnten höchstens in den Begleitvorstellungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur, die den strafrechtlich belanglosen Vorsatz der zum fahrlässigen Erfolg führenden Handlung ausfüllen, gesucht werden. Annahme von Rechtfertigungsgründen z. B. kann aber auch hier die Fahrlässigkeit nicht ausschließen; denn wenn wirklich jemand glaubte, die fahrlässige Handlung kraft besonderen Rechtstitels ausführen zu dürfen, so kommt es nicht hierauf, sondern auf die rechtmäßige Verursachung des allein wesentlichen Erfolges an, und auf den kann sich die Annahme des Täters nicht beziehen, weil er an ihn entweder überhaupt nicht gedacht (unbewußte) oder ihn wenigstens nicht herbeiführen gewollt hat. (bewußte Fahrlässigkeit). Es liegt gerade im Wesen des fahrlässigen Delikts, daß der Täter sich, wenn nicht auf rechtlich betontem, so doch auf rechtlich gleichgültigem Gebiet zu bewegen glaubt. Ein Schuld- und Unrechtsausschluß überhaupt kann in diesen Fällen nur dann vorliegen, wenn der Täter die kausale Wirkung seiner Handlung bezüglich des Erfolges in seinen Vorsatz aufgenommen hat, dieser aber bezieht sich nur auf die fahrlässige Handlung in ihrer isolierten Bedeutung. Wird umgekehrt die Rechtswidrigkeit der Handlung angenommen, so kann dieses nichts an der Bewertung eines hinter der Handlung liegenden fahrlässigen Erfolges ändern, sondern höchstens bei Vorliegen eines geeigneten Tatbestandes zur Vorsatzbestrafung führen.

Wir müssen also den Begriff der Subjektivierung etwas anders fassen, um das Fahrlässigkeitsdelikt miteinbeziehen zu können, und tun

dies dadurch, daß wir anstatt von der Maßgeblichkeit von Wille und Vorstellungen von der der Schuld im allgemeinen sprechen, welche neutrale Fassung ohne sachliche Änderung die Schwierigkeiten beseitigt, die im Willensstrafrecht durch den im wesentlichen objektiven Charakter der Fahrlässigkeit gegeben sind. Ein wichtiges Teilgebiet aus den Folgerungen der Subjektivierung ist damit ausgeschieden, aber ihre Möglichkeiten sind noch enger begrenzt.

Die Schuldform der Fahrlässigkeit kann an Hand ein und derselben menschlichen Handlung abgestuft werden: 1. nach dem Grade der Verletzung der dem Täter auferlegten Sorgfaltspflicht z. B. also auch nach den Motiven der Tat und 2. nach den kriminalpolitisch verschieden bewerteten Erfolgen (quantitativ verstanden), die kraft nachträglicher Prognose aus einem bestimmten Verhalten eintreten konnten, ganz unabhängig davon, ob und welcher Erfolg auch wirklich eingetreten ist. Die Abstufung nach Punkt 1, der beim Vorsatz u. a. die Einführung der „besonders verwerflichen Gesinnung" entspricht, ist, wie schon bemerkt wurde, keine wesentliche Eigenart eines subjektiven Systems, wenn sie auch in einem solchen, vor allem in dem der modernen Schule, besonders betont wird. Vorausgesetzt, daß ihr eine objektive Tatbestandsverwirklichung entspricht, kann sie in gewissen Grenzen auch im objektiven Strafrechtssystem berücksichtigt werden. Die Besonderheiten der Schuld hinsichtlich der Motivation des Verhaltens zu beachten, ist Aufgabe jedes auf geläuterten Anschauungen beruhenden Strafrechtssystems. Sie entziehen sich im allgemeinen der gesetzlichen Fixierung und bilden eines jener unzähligen Momente, die das Urteil des Richters in der Strafzumessung beeinflussen

Anders liegt es bei Punkt 2 der Schuldabstufung. Hier entsprechen bei der Fahrlässigkeit die objektiven Erfolgsberechnungen dem oben S. 1 ff. erwähnten subjektiven Tatbestand im engeren Sinne, der psychischen Beziehung des Täters zur Tat, die beim Vorsatz gegeben ist. Reicht die Schuld im Hinblick auf einen verbotenen Erfolg weiter, als der gesetzte objektive Tatbestand reicht, so kann dieser Überschuß nur in einem objektiven System strafrechtlich von Bedeutung werden.

Nur dieses objektiv berechnete und von Vorstellungen unabhängige Überschießen des subjektiven über den objektiven Tatbestand hinsichtlich eines weiterreichenden Erfolges ist also nach Ausscheidung der übrigen Subjektivierungsmöglichkeiten die einzige, in der eine fahrlässige Straftat Gegenstand des Subjektivierungsproblems werden kann; und deshalb ist die Frage nach dem Verhältnis der Fahrlässigkeit zum verbotenen Erfolg und zur Tatbestandsbildung das Zentralproblem der gesamten Untersuchung. Eine genauere Untersuchung der einzelnen Materien wird uns diesen Satz noch bestätigen. Diese Art der Subjektivierung kann im Gesetz selbst Ausdruck finden und zieht sich nicht in das Dunkel der Strafzumessung zurück.

B. I 1 a. Hold-Ferneck, den wir als einen Hauptrepräsentanten des Subjektivismus an Stelle vieler anderer anführen wollen, ohne auf diese im einzelnen einzugehen, behauptet in seiner Schrift „Idee der Schuld",

die Tatbestandsbildung beim vorsätzlichen Delikt sei von der Beantwortung der Frage abhängig, welches Minimum an objektiven Tatsachen erforderlich sei, um einen kriminell gerichteten Willen fassen zu können, während beim Fahrlässigkeitsdelikt sich die Frage genau umgekehrt darstelle; hier komme es darauf an, welches Minimum an subjektiver Beziehung zu einem Erfolg geeignet sei, den letzteren aus dem Kreise der Zufälle auszuscheiden und ihn einem Menschen verantwortlich zuzurechnen. Danach wäre die Erzielung eines „Erfolges" eine unumgängliche Voraussetzung für die Anerkennung fahrlässiger Delikte überhaupt. Wir sahen, daß es eine Hauptaufgabe der Subjektivierung ist, die Strafbarkeitsgrenze vorzuverlegen, und hier scheint uns die Behauptung Hold-Fernecks daran zu hindern, die Strafbarkeit vom Erfolg weg in Richtung der Schuld vorzutreiben; je weiter wir hierin voranschritten, desto blasser und nebelhafter würde das Bild der Fahrlässigkeit und entschwände schließlich ganz; wir hielten nichts mehr in der Hand als eine Tätigkeit, die zwar wie jede andere mit einem Vorsatz, aber mit einem rechtlich farblosen, gesetzt wäre.

Das Wort „Erfolg" erfaßt nun strafrechtlich soviel und reicht soweit, daß die entfernteste Vorbereitungshandlung so gut wie ein Verletzungserfolg darunter fallen kann. Die Unterscheidung in Erfolgs- und Handlungsdelikte, sowie in Verletzungs- und Gefährdungsdelikte (die übrigens nicht identisch sind, da das Handlungsdelikt keine Gefährdung zu enthalten braucht) zeigt dies schon: rein formal ist Erfolg alles, was unter den Tatbestand fällt. Im Hinblick auf die zeitliche und kausale Frage, wann strafrechtlich eingeschritten werden soll, ist die Einteilung in Gefährdungs- und Verletzungsdelikte von größter Bedeutung. Erstere bilden die Hauptform der Subjektivierung: das Grundproblem ist hier, festzustellen, welcher weitere Erfolg aus dem Schuldmaß eines näheren hätte entstehen können, und demgemäß das Strafmaß nach jenem weiteren zu bestimmen. Nun ist im Sinne der obigen Behauptung sowohl das Setzen eines Verletzungs- wie eines Gefährdungstatbestandes ein zur Bejahung der Fahrlässigkeitsfrage ausreichender Erfolg und das Problem reduziert sich darauf, wieweit von einem noch geringeren Erfolg abgesehen werden kann, ob mit a. W. eine reine Fahrlässigkeit bzw. eine reine fahrlässige Handlung ohne Abzielung auf die Verletzung irgend eines Rechtsgutes oder sonst geschützten Wertes möglich ist, also auch ohne eingetretene konkrete Gefährdung.

Auf die Auflösung der Fahrlässigkeit in andere Schuldformen wird bei unseren Darlegungen verzichtet, daher mußten im Folgenden die Ausführungen der angegebenen Schrift sinngemäß geändert werden.

Hold-Ferneck nennt das Fahrlässigkeitsdelikt eine gemilderte Erfolgshaftung. Nach ihm gibt es nichts als vorsätzliche Handlungen, und erst vom Vorliegen eines Erfolges aus (im obigen Sinne entweder Verletzungs- oder konkreter Gefährdungserfolg) kann man sagen, daß die vorsätzliche Handlung daneben auch fahrlässig war, d. h. diesen voraussehbaren und nicht vorausgesehenen Erfolg verursacht hat. Wolle man das leugnen, so tue der Mensch in seinem ganzen Leben nichts anderes, als fortgesetzt fahrlässig handeln, denn bloße kausale Möglichkeiten generell

voraussehbarer Art, die zur Gefährdung eines Rechtsgutes führen könnten, seien mit nahezu jeder Handlung verbunden. Daher sei der Eintritt eines praktisch greifbaren Gefährdungserfolges zur Anerkennung des fahrlässigen Tatcharakters im Einzelfall unumgänglich nötig.

Wir hatten schon kurz die Möglichkeit betrachtet, die Fahrlässigkeit im Sinne einer Tatschuldform als rein seelischen Tatbestand etwa in der Art nachzuweisen, wie dies beim Vorsatz erreichbar ist — wir wollen davon absehen, daß die Schuldformen ihrer Genesis nach immer nur an Erfolgen orientiert und aufgestellt worden sind —, und wir müssen unsere Unfähigkeit dazu eingestehen: der Vorsatz ist die Begleitvorstellung sämtlicher Tatbestandsmerkmale im Augenblick des Handels, der Täter wollte und handelte, obwohl er wußte. Bei der Fahrlässigkeit liegt ein Negativum vor, der Täter handelte in Bezug auf den verpönten Erfolg ohne diese Begleitvorstellungen, er handelte, während er nicht wußte oder wollte. (In diese Definition paßt cum grano salis auch die bewußte Fahrlässigkeit). Daß im letzteren Fall das sichere Wissen die Tat verhindert hätte, ist eine der Fahrlässigkeit eigentümliche Annahme zugunsten des Täters. Dieses Nichtwissen kann dem Wissen bei Verzicht auf besondere logische Kunststücke nicht gleichgesetzt werden: das Fehlen eines Tatbestandes ist seinerseits kein Tatbestand. Die Frage der Fahrlässigkeit einer konkreten Handlung kann also nur aus rein objektiven Daten erschlossen werden, abgesehen allein von dem sie zur Schuldform stempelnden Moment der Vorwerfbarkeit, das im Tätercharakter steckt, und das bei Besprechung des psychologischen Systems noch näher untersucht wird. Diese objektiven Daten können aber nur einem äußeren Geschehen entnommen werden, das *hinter* der mit Vorsatz vollzogenen Handlung liegt, aber es genügt hier, wie wir noch sehen werden, ein solches Geschehen *abstrakter*, nur im Regelfall vorliegender Natur. Verzichten wir bei Feststellung der Fahrlässigkeit aber auf jeden konkreten Erfolg, so soll das nach obiger Theorie entweder nicht möglich sein oder zur Anerkennung fast aller menschlichen Handlungen als fahrlässig zwingen.

Ehe wir die Wahrheit der obigen Behauptungen prüfen, stellen wir fest:

Ein Absehen vom Erfolge ist beim Fahrlässigkeitsdelikt in doppelter Form denkbar: man kann 1. nur auf einen über das bloße Handeln in einem bestimmten Kausalausschnitt mit psychologischem Vorsatz hinausreichenden Erfolg, bestehe dieser Erfolg auch nur in einer Gefährdung, und man kann 2. auf ein Tätigwerden überhaupt verzichten oder es völlig unbeachtet lassen, sodaß das Fahrlässigkeitsurteil nicht Attribut menschlicher Tätigkeit, sondern menschlichen Seins ist. Die These von der Unmöglichkeit einer reinen fahrlässigen Handlung knüpft immer nur an den ersten Fall an, basiert auf der negativen Fassung des Fahrlässigkeitsbegriffs als nicht vorhandener psychischer Relation zur Tat und kann sich unter fahrlässig nur eine Bewertung objektiven Geschehens vorstellen. Das geht soweit, daß nicht einmal Grade der Fahrlässigkeit anerkannt werden unter der Begründung, das Nichtwissen sei keiner Steigerung fähig. In positiver Fassung dieser Schuldform kann man sich aber, worauf

bereits hingewiesen wurde, einen fahrlässigen Charakter in dem Sinne vorstellen, daß jemand vermöge seiner schlechten Wahrnehmungs- und Kombinationsfähigkeit generell nicht imstande ist, aus einer Beurteilung seiner Handlungen sowie der dabei gemachten Beobachtungen den jedem normalen Menschen möglichen Schluß auf gefährdende oder verletzende Auswirkungen seiner Tätigkeit zu ziehen, sodaß er solche Handlungen nicht vermeidet. Soweit das nicht die Zurechnungsfähigkeit oder die Vorwerfbarkeit ausschließt, liegt strafrechtlich relevante Fahrlässigkeit vor. Wir sehen hier deutlich, daß man beim Absehen von jeder Tatbestandsverwirklichung die Schuld auch von einer solchen loslösen und in den Charakter verschieben muß.

Aber auch abgesehen von dieser Möglichkeit und der sich daraus ergebenden notwendigen Beschränkung ist die Behauptung Hold-Fernecks nur zum Teil richtig. Er hat insoweit recht, als er die Doppelnatur der fahrlässigen Delikte als fahrlässig und vorsätzlich und umgekehrt der meisten vorsätzlichen als gleichzeitig fahrlässig betont; aber seine Absicht, durch Beziehung auf einen verursachten konkreten Erfolg die bei fast jeder menschlichen Handlung vorliegende psychologische Doppelspurigkeit zu beseitigen, steht unter dem Zwange einer falschen Voraussetzung, nämlich der, sich unter Fahrlässigkeit nur etwas strafrechtlich Beachtliches vorstellen zu können und daher diese die Alltagshandlungen begleitende Fahrlässigkeit nur als Attribut eines Verbrechenstatbestandes konstatieren zu dürfen (der dabei seiner hier in Rede stehenden Auffassung der Schuldformen zufolge nur dann Typus eines Fahrlässigkeitsdelikts bleibt, wenn er ein konkretes Gefahrerfordernis in sich aufnimmt). Es soll hier wohl eine Beweisführung ad absurdum vorliegen, nur mangelt es völlig an der Absurdität, die darin zu finden sein soll, das nicht poenalisierbare Handlungen „fahrlässig" genannt werden. Die meisten menschlichen Handlungen sind in der Tat zugleich vorsätzlich und fahrlässig, wobei der Kreis der vorsätzlichen Handlungen weiter ist als der der fahrlässigen, aber genau so, wie der Vorsatz in der Regel das Strafrecht nichts angeht, tut dies die Fahrlässigkeit. In diesen Fällen fehlt in der Fahrlässigkeit eben der Schuldvorwurf, diese ist rein psychologisch. (Der Ausdruck ist an dieser Stelle natürlich schief, denn die Fahrlässigkeit als Tatschuldform ist eben kein psychologischer Tatbestand wie etwa der Vorsatz). Hier ist auch der letzte Subjektivismus verschwunden, die Fahrlässigkeit ist rein objektiv geworden.

Hold-Ferneck macht hier mit der Behauptung von dem durchweg fahrlässigen Charakter allen menschlichen Tuns eine Entdeckung, ohne es zu wissen, er entdeckt die schuldlose Fahrlässigkeit. Getreu der herrschenden Lehre, die sich unter fahrlässig immer nur schuldhaft fahrlässig vorstellen kann, weicht er vor seiner eigenen Feststellung zurück — da man nicht das ganze menschliche Leben unter Strafdrohungen setzen kann und dementsprechend nicht gesetzt hat, so muß die Fahrlässigkeitsannahme solcher Handlungen entweder auf einem Irrtum beruhen oder völlig absurd sein — und sucht einen Ausweg aus dieser Klemme: er schränkt mit dem praktischen konkreten Erfolgserfordernis (es würde theoretisch genügen,

mit dem Tatbestands- gleich Verbrechenserfordernis) die Fälle der Fahrlässigkeit auf die schuldhaften ein. Trotzdem ist auch in den anderen Fällen möglich, von Fahrlässigkeit zu reden.

Es ist eben auch hier wie überall im Recht erforderlich, die objektiven Tatbestände zur Erkenntnis ihres wesentlichen Inhaltes nicht in der zufälligen Erscheinungsform des Einzelfalles, sondern in ihrem durchschnittlichen, regelmäßigen Auftreten zu beobachten, dem sie überhaupt nur ihre Eingruppierung in das Strafrecht verdanken. So ist es beim Versuch, — der im Einzelfall immer untauglich, aber in der Regel zu Verletzungserfolgen tauglich ist —, und so ist es auch bezüglich des fahrlässigen Charakters einer Tätigkeit, die im Regelfalle eine konkrete Gefährdung herbeizuführen geeignet sein muß, dies im Einzelfall aber nicht getan zu haben braucht. Wann dies der Fall ist, darüber dürfte die Entscheidung der praktischen Lebensauffassung und nicht theoretischen Erwägungen zu überlassen sein. Man darf vielleicht sagen, daß das ausnahmsweise Fehlen der konkreten Gefahr auf Umständen beruhen muß, die außerhalb der menschlichen Handlung liegen. (Siehe hierzu die Analogie beim objektiven Gefahrenbegriff). Dies ist das Minimum an objektivem Erfolg, das die Fahrlässigkeit allein ihrem Wesen und nicht sonstigen Gründen nach erfordert. Sieht man auch hiervon ab, so bleibt nichts anderes als eine mit farblosem Vorsatz gesetzte Handlung übrig. Lockerer ist eine Erfolgsbeziehung nicht mehr denkbar. Schon der objektive Gefahrenbegriff entspringt einer solchen typischen Betrachtungsweise, noch weiter hierin geht die abstrakte Gefährdung. Konkrete Gefahr ist eine abstrakte Verletzung, die abstrakte Gefahr „abstrahiert" dementsprechend noch mehr. Eine noch weitere Verflüchtigung des Gefahrerfordernisses würde zu einer Art Unendlichkeitsrechnung führen.

Über das Problem der schuldlosen Fahrlässigkeit wird noch unten gehandelt werden: hier halten wir nur die Möglichkeit eines Fahrlässigkeitsurteils als Tatschuldurteil ohne Rücksicht auf irgendwelche eingetretenen Erfolge fest. Dies gilt für die schuldlose wie für die schuldhafte Fahrlässigkeit, nur sind die letzteren Fälle naturgemäß seltener, weil der Vorwurf einer Sorgfaltspflichtverletzung ein gewisses Minimum an Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts voraussetzt, das in einer größeren Zahl von Fällen den Erfolg auch wirklich herbeiführen wird.

Mit diesen Feststellungen haben wir die Bedenken gegen das nicht unwidersprochen gebliebene Gebilde der reinen fahrlässigen Handlung beseitigt. Sie ist also in dem Sinne möglich, wie wir oben eine begleitende Fahrlässigkeit ohne Rücksicht auf irgendwelche verursachten Erfolge bei regelmäßig jeder menschlichen Handlung angenommen haben. Sie liegt dann vor, wenn man aus einem Tun die Möglichkeit eines eintretenden Erfolges (Verletzung oder Gefährdung je nach dem Tatbestand) mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit durch Berechnung erschließen kann, ohne daß dieser eingetreten zu sein braucht. Als zum Strafrecht gehörig enthält der subjektive Tatbestand den Schuldvorwurf, der sich auf Verletzung einer Sorgfaltspflicht stützt — der im Allgemeinen voraussehbare Schaden hätte auch vom Täter vorausgesehen werden können und müssen —. Eine

solche anzunehmen, wird allerdings, wie schon betont, nur möglich sein, wenn aus der Tätigkeit eine Gefährdung oder Verletzung rechtlich geschützter Werte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und Sicherheit zu erschließen ist, sodaß die schuldhafte Fahrlässigkeit erst jenseits eines gewissen Schwellenwertes beginnt. Daß aber zum Wesen der Fahrlässigkeit als einer psychologischen Form, in der die Strafrechtsschuld auftreten kann oder auch als Schuld schlechthin eine zumindest konkrete Rechtsgutgefährdung gehören sollte, ist nicht anzuerkennen. Die Feststellung aber, daß eine allgemeine Eignung zur Gefährdung genügt, ist von großer Bedeutung für die Tatbestandsbildung.

1 b. Die Subjektivierung der Vorsatzdelikte durch Vorverlegung der Strafbarkeit geschieht durch Aufstellung sog. Unternehmenstatbestände, die durch die Wendung: „Wer es unternimmt, dies oder jenes zu tun, wird bestraft" im Einzeltatbestand des Besonderen Teils oder durch die Generalklausel im Allgemeinen Teil: „Schon der Versuch ist das Verbrechen" (§ 8 Österr. StGB, Frankreich: toute tentative est le crime même) den bisherigen Versuch der objektiven Systeme, der als solcher schon ein Subjektivismus ist (vgl. hierzu Zimmerl), in die Vollendung einbezieht und der gleichen Strafdrohung unterstellt. Diesem Verfahren stehen bei der Fahrlässigkeit mehrere Möglichkeiten der Tatbestandstypenbildung gegenüber, die man unter dem Sammelnamen Gefährdungsstrafrecht zu benennen pflegt. Dem Ausdruck Willensstrafrecht für die Vorsatzdelikte entspricht also für die Fahrlässigkeit das Gefährdungsstrafrecht. Dies zu betonen ist wichtig, da es auch ein scheinbar vorsätzliches sowie ein echtes vorsätzliches Gefährdungsstrafrecht gibt, die beide nicht hierhergehören, was in der Theorie eine starke Begriffsvermengung hervorgerufen hat. Die Gefährdungsdelikte nun umfassen auch in noch näher zu erläuternder Weise den fahrlässigen Versuch, und aus diesem Grunde ist ihre propagierte Einführung schon vor einigen Jahren auf starken Widerstand gestoßen; der in seiner begrifflichen Möglichkeit nicht zu bezweifelnde fahrlässige Versuch ist mit einer interessanten und bedeutenden Ausnahme (Österreich) wohl kaum jemals grundsätzlich und in seiner Gesamtheit strafrechtlich erfaßt werden: es lohnte sich nicht. Das Strafbedürfnis ist in der Regel bei der Fahrlässigkeit zu gering, um schon bei einer bloßen, wenn auch konkreten Gefährdung einzugreifen [1]).

Ehe wir nun die Möglichkeiten der Tatbestandsformulierung besprechen, müssen wir ein gewisses Dunkel aufhellen, das über dem Gefährdungsbegriff liegt.

In der neueren Reformliteratur hat die Schlagwortbildung Willensstrafrecht und Gefährdungsstrafrecht zu einer bedauerlichen Begriffsverwirrung geführt, man wirft die grundverschiedenen Bedeutungen des Gefährdungs- und Gefährlichkeitsbegriffes bunt durcheinander. Insbesondere hat man die Ausdrücke Willens- und Gefährdungsstrafrecht synonym im subjektiven Sinne verstanden und aus dem Willensstrafrecht die For-

1) Ausnahme: z. B. § 314, 315 II RStGB usw.

derung abgeleitet, sog. „Gefährdungstatbestände“ besonderer noch zu besprechender Art aufzustellen. (mit abstraktem Gefahrerfordernis).

Auszuscheiden ist zuerst die grundlegende Gefährlichkeit im Sinne der Schuldersetzung. Das Gefährlichkeitsurteil ist dreifach denkbar: einmal als Urteil über den Menschen unter Negierung der Schuld, zweitens als Schuldattribut, als Urteil über die Schuld selber, und drittens als Urteil über eine Tat. Hier handelt es sich nur um die letzteren Formen, doch weist das Wesen der an zweiter Stelle erwähnten Gefährlichkeit starke Analogien zu dem ersten schon früher behandelten Begriff auf.

Dann muß man grundlegend zwischen objektiver Gefährdung und subjektiver Gefährlichkeit unterscheiden. Die objektive Gefährdung gleich Folge einer gefährlichen Tat, d. h. das gegenwärtige Vorliegen von Umständen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Schluß zulassen, daß in der Regel der Fälle aus ihnen eine Rechtsgutverletzung erwachsen kann, deren tatsächlicher Eintritt im Gefährdungstatbestand gleichgültig ist, im Verletzungstatbestand aber die Gefährdung konsumiert, ist der der herrschenden Lehre zugrundeliegende und vom Reichsgericht abgelehnte Begriff der objektiven Verletzungsgefahr zur Rechtfertigung ihres Versuchs, er ist aber auch der einzige, der bei der Subjektivierung der Vorsatz- wie der reinen Fahrlässigkeitstatbestände in Betracht kommt. Unter Gefahr im Allgemeinen kann nur etwas in der erläuterten Weise Objektives verstanden werden: beide Begriffe, Gefährdung wie der davon abgeleitete der Gefährlichkeit, haben nur dann Bedeutung, wenn sie auf eine solche objektive Gefahr reduzierbar sind.

Die Wendung „Bestrafung des gefährlichen Willens“ ist einzig annehmbar, wenn auch nicht genau, für die dem subjektiven System eigentümliche Erfassung des subjektiven Überschusses über einen objektiven Tatbestand, der als solcher schon eine konkrete Gefährdung enthält, schon verwirklicht und unter Strafe gestellt ist, wie dies beim Unternehmen der Fall ist. Denn in diesen Fällen gefährdet der Wille als Begleiter objektiven Geschehens wirklich, und zwar bezüglich des nicht verwirklichten Teils konkret, was der durch ihn verursachte Eintritt einer objektiven tatbestandsmäßigen Gefahr beweist; nur ein glücklicher Zufall hinderte die Auswachsung zum Erfolgsdelikt, es liegt eine Ausnahme vom Regelfall vor.

Wenn die Theorie vom Willensstrafrecht daher bei den Vorsatzdelikten den „gefährlichen Willen“ strafen will (man redet hier auch gern vom „verbrecherichen Willen“, aber das bedeutet keinen sachlichen Unterschied; ein verbrecherischer Wille, losgelöst von einem verbrecherischen, also zumindest abstrakt rechtsgut g e f ä h r d e n d e n Tun, ist ein Unding, er ist bloße verbrecherische Gesinnung), so kann sie das nur tun, wenn dieser Wille irgendwie unter Umständen zu einer objektiven Gefährdung führt; denn ein Wille gefährlichen gleich verbrecherischen Inhalts kann niemals gefährlich genannt werden, falls er keine Gelegenheit hat, objektiv zu gefährden. Wer lebenslänglich und unbedingt sicher eingesperrt ist, kann auf die tollsten Ideen kommen, sie gehen das Strafrecht nichts an, vorausgesetzt, daß man nicht auf dem Boden eines reinen Gesinnungsstrafrechts steht! Wer hier sagt:„ ich bestrafe den gefährlichen Willen des Täters“

und will damit die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs rechtfertigen, vergißt, daß der Wille eben deshalb nicht gefährlich ist, weil er nicht objektiv gefährdet, weder im Einzelfalle, noch auch generell. Man könnte an ihm nur die entfernte Möglichkeit bestrafen, daß er in Zukunft bei einer Wiederholung seiner Tat mehr „Glück" hat, indem sie wirklich Gefahren für rechtlich geschützte Interessen heraufbeschwört. Subjektiv gefährdend gleich gefährlich können wir nur den Willensinhalt nennen, für den mindestens die Möglichkeit, wenn nicht gegenwärtiger, so doch zukünftiger objektiver Gefährdung offenbleibt. Während also beim vorsätzlichen Delikt die Bildung des Unternehmenstatbestandes die Strafbarkeitsgrenze vortreibt in Bezug auf einen vorliegenden „aktuellen Fall", führt, wie schon unter einem anderen Gesichtspunkt erwähnt, die Betonung des subjektiven Gefährlichkeitsgedankens zu einem noch früheren Eingreifen; beim untauglichen Versuch werden künftige, potentielle, vermutete und vielleicht besser glückende Fälle bestraft, nämlich die zukünftige Möglichkeit objektiver Gefährdung. Wir haben hier die Kuriosität, daß ein strafrechtliches Nichts als Warnungszeichen für künftige Delikte dient und bestraft wird, die Strafe geht dem Verbrechen voraus! Das ist aber genau das, was wir oben mit Gesinnungsstrafrecht bezeichnet haben oder m. a. W., beim untauglichen Versuch bestraft die herrschende Lehre nicht den gefährlichen Willen, sondern die Gesinnung! Eine solche Strafe gehört also systematisch nicht in ein Tat-Einzelschuld-System, als welches sich das Willensstrafrecht darstellt. Das gilt trotz der gegenteiligen Beteuerungen auf S. 17 des Allgemeinen Teils des Amtl. Berichts, und folgerichtig müßte auch das Putativdelikt bestraft werden. Bei diesem ist der verbrecherische Wille um kein Haar weniger „gefährlich" als beim untauglichen Versuch.

Diese Feststellungen sind auch nicht damit zu entkräften, daß man von dem glücklichen Zufall der Untauglichkeit spricht, für den kein Grund bestehe, ihn dem Täter anzurechnen, sodaß also etwa der untaugliche Versuch wegen seiner abstrakten Gefährdung bestraft würde. Denn so gewiß man grundsätzlich auf dem Boden genereller Betrachtungsweise stehen muß, so muß diese doch von einem genau fixierten historischen Ereignis und zwar von einer menschlichen Handlung ausgehen und fragen, was aus dieser unter Berücksichtigung der Naturkausalität in der Regel der Fälle werden kann, das den Strafrechtler interessierte, und nicht, was werden würde, wenn eine ganz andere Tat vorliege, die im Vergleich zur ersteren häufiger gesetzt zu werden pflegt. Niemand wird den Mordparagraphen abschaffen, weil Tötungsdelikte in der Regel Totschlag sind, und doch beruht auch diese Unterscheidung manchmal nur auf einem „glücklichen Zufall". Ein untauglicher Versuch (und das ist jeder Versuch) ist nur deshalb und soweit strafbar, weil und soweit ebenderselbe Versuch gleich Summe menschlicher Willensbetätigungen in der Regel tauglich ist, und nicht deshalb, weil Versuche im allgemeinen Tauglichkeit besitzen. Die Untauglichkeit muß also m. a. W. auf Umständen beruhen, die die tatbestandsmäßige Handlung nicht berühren und den Tatbestand überhaupt nur soweit, als der Erfolg, die „Vollendung" fehlt. Das ist aber beim eigentlichen untauglichen Versuch nicht der Fall.

Unter dem Gefühl, — man möchte beinahe sagen, der sicheren Erkenntnis — daß hier in der herrschenden Theorie nicht alles stimmt, stellt von Gemmingen (JW 1933, S. 2373) folgende Behauptung zur Strafbarkeitsrechtfertigung des untauglichen Versuchs auf. Nach ihm ist die Stärke des verbrecherischen Willens ein Indiz für die objektive Gefährdung: mens agitat molem. In Konsequenz davon ergibt sich der Satz, daß der Vorsatz als solcher gefährlicher ist als die Fahrlässigkeit. Hier ist tatsächlich das biblische Wunder Wahrheit geworden, daß der Glaube Berge versetzt. Was sagt die Naturwissenschaft dazu?

Andererseits glaubte nun die Theorie unter dem Eindruck des Wortes vom gefährlichen Willen des Täters für die Fahrlässigkeitsdelikte zunächst eine den Vorsatzdelikten entsprechende Behandlung als geplant annehmen zu müssen. Hatte man dort eine „Gefährlichkeit" bestraft, so wollte man hier ein gleiches tun; man warf Gefährlichkeit und Gefährdung durcheinander. Daher faßte man eine Tatbestandsgestaltung ins Auge, in der sich Willens- und Gefährdungsstrafrecht anglichen, indem man aus dem Fahrlässigkeits- ein Vorsatzdelikt (schlichtes Tätigkeitsdelikt) machte und die konkrete Gefahr durch die abstrakte ersetzte, Fälle, die uns noch beschäftigen werden. Ein Gefährdungsstrafrecht umfaßt aber nicht nur diese Möglichkeit der Ausgestaltung, jedoch verschloß man sich durch das Mißverständnis, in der Gefährdung etwas rein Subjektives erblicken und auch eine Art „bösen Willens" bestrafen zu können und zu wollen, der Einsicht hierin, und daraus resultiert der heftige Widerstand der Wissenschaft gegen die geplante Subjektivierung der fahrlässigen Straftat. Man ist aber durch nichts gezwungen, die Subjektivierung bis zur allgemeinen Aufstellung abstrakter Gefährdungsdelikte vorzutreiben.

Wir behandeln die Frage zunächst im Allgemeinen. Die Fälle des untauglichen Versuches fallen bei der Fahrlässigkeit fort (auch das abstrakte Gefährdungsdelikt bestraft keinen untauglichen Versuch), nur die des tauglichen bleiben übrig und werden Kernpunkt des Problems. Infolgedessen kann hier der Gefährlichkeitsgedanke nicht so leicht in dem Sinne verwandt werden, also als reine Gesinnungsbestrafung, wie dies beim Vorsatzdelikt geschieht. Man ist sich darüber einig, daß die Fahrlässigkeit Tatschuldform bleiben soll und man keine fahrlässigen Charaktere bestrafen will. Aber auch ein unbewußtes Gesinnungsstrafrecht kann mangels geeigneter Fälle nicht erzielt werden, insbesondere sind die abstrakten Gefährdungsdelikte nicht Ausdruck einer Gesinnungsbestrafung. Es bleibt der objektive Gefährdungsbegriff als unumgängliche Strafvoraussetzung zurück, verwirklicht in einem gegenwärtigen Tun. „Gefährlich" kann man dabei allenfalls die Schuld als solche, hier in Form der Fahrlässigkeit und nicht in der eines bösen Willens, insofern nennen, als sie über eine objektive Gefährdung bis zum Verletzungserfolg hinausreicht. Das tut sie aber in allen Fällen, weil bei der Fahrlässigkeit die Schuld erst dort aufhört, wo die adäquate, voraussehbare Kausalitätsmöglichkeit ihr Ende findet. Dieser Endpunkt ist aber die objektive Gefahr der Verletzung irgend eines Rechtsgutes, wo diese Möglichkeit ihres Eintritts

aufhört, endet auch die Fahrlässigkeit. Somit ist der Schuldüberschuß über eine konkrete Gefahr bei der Fahrlässigkeit, soweit es bei echten Fahrlässigkeitstatbeständen verbleibt, keine Besonderheit wie beim Vorsatz, weshalb das echte vorsätzliche Gefährdungsdelikt mangels eines „Schuldüberschusses" nicht in ein subjektives System gehört.

Wir haben gesehen, daß das Gefährdungsstrafrecht und streng genommen auch das Willensstrafrecht nur objektiv verstanden werden kann [1]). Nicht eine „Gefährlichkeit", sondern eine Gefahr bildet den Strafgrund, ganz unabhängig davon, ob der Tatbestand ein Erfolgs- oder Gefährdungstatbestand ist, ob ein Erfolgs- oder Gefährdungsstrafrecht vorliegt. Wer das leugnet, steht auf dem Boden des Gesinnungsstrafrechts. Ein Unterschied besteht nur für den Zeitpunkt des strafrechtlichen Einschreitens. Besteht die Möglichkeit einer Verletzung bei strenger Beschränkung der Betrachtung auf die vorliegende, fixierte menschliche Handlung, so muß in einem Erfolgsstrafrecht bis zu deren Eintritt gewartet werden, nicht dagegen in einem Gefährdungsstrafrecht.

Dieses Abstellen auf abstrakte objektive Gefährdungen wurde Gegenstand einer ziemlich starken Kritik unter der Form von Variationen über das Thema: Keine Einschränkung der allgemeinen Bewegungsfreiheit. Die Preußische Denkschrift des Justizministers bemerkt hierzu, S. 123 ff.: „es wird, . . . aus praktischen Gründen, namentlich Gründen der Beweisbarkeit, nicht in vollem Umfange möglich sein, die bisherigen fahrlässigen Verletzungstatbestände in Gefährdungen umzuwandeln. Es muß aber auch hier angestrebt werden, möglichst von einem Verletzungs- zu einem Gefährdungsstrafrecht vorzudringen. Dies kann (zu ergänzen: unter anderm!) auf die Weise geschehen, daß typisches fahrlässiges Verhalten schon an sich (soll heißen als vorsätzliches), d. h. ohne Rücksicht auf den mehr oder weniger zufälligen Erfolg (auch unter Verzicht auf konkrete Gefährdung) unter Strafe gestellt wird; z. B. leichtfertiges Umgehen mit geladener Schußwaffe, das Betreten von Räumen, in denen leicht feuerfangende Sachen lagern, mit unverwahrtem Licht, Sichbetrinken von Kraftwagenführern und a. m." Diese Stelle wurde Gegenstand einer Polemik Oetkers in der Denkschrift der Akademie für Deutsches Recht, die sich scharf gegen diese Gefährdungstatbestände richtet, welche zu Willenslähmung und allgemeiner Ängstlichkeit führen müßten. In der späteren Entwicklung flaute die Vorliebe für das Gefährdungsstrafrecht immer mehr ab. Im Besonderen Teil des Amtl. Berichtes (Gürtner) ist nur die Verletzung der Arbeitskraft Gefährdungsdelikt. Alle anderen fahrlässigen Straftaten sind Erfolgsdelikte, z. B. die fahrlässige Tötung und die fahrlässige Körperverletzung. Schließlich sagen auch die Leitsätze des Reichsrechtsamts der NSDAP S. 14 Nr. 17: „Fahrlässig handelt . . . wer . . . ungewollt gegen einen geschützten völkischen Wert verstößt". Soweit solche Programmsätze überhaupt wissenschaftlichen Zwecken dienen können, ist wohl hieraus zu schließen, daß auch von dieser Seite am Gedanken des Erfolgsstrafrechts für die Fahrlässigkeitsdelikte festgehalten wird.

---

1) Hold-Ferneck nennt als Subjektivist die Bestrafung des „bösen Willens" ein „exotisches Gewächs"!

2a. Die obige Stelle aus der Denkschrift weist nun schon auf die Tatbestandsformulierung hin. Die praktische Gestaltung der Gefährdungstatbestände hängt von dem Maße an objektivem Erfolg ab, den das im Übrigen subjektive System zur Bestrafung fordert. Gehen wir zunächst von einem gewöhnlichen Erfolgsdelikt in bekannter Formulierung aus: § 230 StGB: „Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht, wird bestraft". Stellt man nun konkrete Gefährdungen auf fest umrissene Rechtsgüter, wie Leben, körperliche Integrität usw. ab, so ergibt sich eine Reihe fahrlässiger Delikte etwa folgenden Wortlauts: „Wer durch Fahrlässigkeit eine Gefahr für Leben, körperliche Unversehrheit oder öffentliche Bauten oder lebenswichtige Betriebe usw. herbeiführt, wird bestraft." Je mehr man den Kreis der fahrlässig verletzbaren Rechtsgüter einschränkt, desto besser kann man jedes fahrlässige Verhalten mit einem einzigen Tatbestand erfassen, das Strafrecht kennt nur ein allgemeines fahrlässiges Gefährdungsdelikt, wie dies in klassischer Weise das Österreichische StGB aufgestellt hat: § 431: „Jede Handlung oder Unterlassung, von welcher der Handelnde schon nach ihren natürlichen, für jedermann leicht erkennbaren Folgen . . . einzusehen vermag, daß sie eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit herbeizuführen . . . geeignet sei, soll geahndet werden" und hierzu ergänzend § 335: „Überhaupt lassen sich die Übertretungen, wodurch die körperliche Sicherheit verletzt werden kann, nicht sämtlich aufzählen. Es soll daher jede . . . der bezeichneten Handlungen . . . auch dann, wenn sie keinen wirklichen Schaden angerichtet hat . . . geahndet werden." Es ist übrigens bemerkenswert, daß hier nur die Gefährdung von Menschen erfaßt ist. Fahrlässige Sachgefährdungen, auch qualifizierte, z. B. Herbeiführen einer Brandgefahr, sind beiseitegelassen, während sie das deutsche Strafrecht in Einzelfällen kennt.

Wesentlich an diesen Tatbeständen ist nun, daß sie erstens von der herbeigeführten Gefahr aus aufgebaut sind und daß sie zweitens durch ihre Formulierung die zugrundeliegende Schuldform klar erkennen lassen (mit Ausnahme von § 335). Diese Gefahr ist Tatbestandsmerkmal, ihr konkretes Vorhandensein muß nachgewiesen werden. Dies gilt auch nach der Österreichischen Gerichtspraxis für die angeführten Bestimmungen trotz des Wortlautes „geeignet". Im folgenden wird dieses Wort zum Aufbau des Tatbestandes in seinem richtigen Sinne verwandt. Dazu kommt drittens, daß die zur Gefahr führende Handlung nicht präzisiert ist, jede (voraussehbare) Kausalität genügt. Die außerordentliche Ausdehnung, die hier das Gebiet der strafbaren Handlungen erfährt — fällt doch fast jede mit dem geringsten Risiko verbundene Tätigkeit unter den Tatbestand und dies beim abstrakten Gefährdungsdelikt noch mehr als beim konkreten — muß nun vernünftigerweise wieder eingeschränkt werden, indem man, wie in Österreich, mit stillschweigenden Rechtfertigungsgründen operiert, die sich auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage gebildet haben. Im Übrigen hat sich die Vorschrift gut bewährt.

Das Maß der Einengung der relevanten Kausalitäten, die für die Erfolgsverursachung in Betracht kommen, hat größere Bedeutung für die

Teilnahmelehre, geringere für die Frage der Vorverlegung der Strafbarkeit. Hierfür ist an sich nur die Stellung der Gefahr zum Tatbestand erheblich, und wir könnten grundsätzlich hier alles andere unberücksichtigt lassen. Freilich ist nun der Definitionsgrad der fahrlässigen Handlung in gewisser Weise von dieser Stellung der Gefahr zum Tatbestand abhängig, denn, läßt man diese Gefahr aus dem Tatbestand völlig heraus, so muß man die erwähnte Definition vornehmen, sonst bliebe nichts strafrechtlich Greifbares übrig, und diese Notwendigkeit verschwindet sofort, wenn die Gefahr, sei es auch nur in abstrakter Form, Tatbestandsmerkmal wird. Aber auch die umgekehrte Abhängigkeit besteht. Ist die fahrlässige Handlung völlig zweifelsfrei definiert, so kann für die Strafbarkeit daneben nicht noch ein Gefahrerfordernis im Tatbestand aufgestellt werden.

Eine andere Möglichkeit der Tatbestandsbildung also wäre es, das konkrete Gefahrerfordernis aufzugeben und von einer Tätigkeit zu sprechen, die geeignet sei, eine Gefahr herbeizuführen. Letzteres zwingt noch nicht zur Konkretisierung der fahrlässigen Handlung. Das ist erst beim Ergreifen der dritten Möglichkeit der Fall, das Gefahrerfordernis überhaupt nicht mehr im Tatbestand erscheinen zu lassen und einfach die zur Gefährdung führende fahrlässige Handlung scharf zu präzisieren, wobei auch die Angabe der Schuldform aus dem Tatbestand verschwindet. Die Gefahr ist hier im Einzelfalle nicht mehr nachzuweisen, sie wird als vorliegend vermutet. Eine solche letzterwähnte Ausgestaltung mit scharfer Fixierung der fahrlässigen Handlung hat den Vorteil, eine klare Grenze zwischen strafbarem und nicht strafbarem Handeln zu ziehen und keine Zweifelsfälle mit Verlegenheitskonstruktionen zu kennen. Aber sie bietet andere noch zu erwähnende Nachteile, gegen die auch die Beweiserleichterung nicht aufkommen dürfte.

Sieht man sich nun einen solchen Tatbestand an, den auch die Denkschrift und überhaupt die gesamte Reformliteratur im Auge hat, wenn sie von Gefährdungsstrafrecht redet: „Wer mit offenem Licht einen Raum mit leicht brennbaren Materialien betritt, wird bestraft", so stellt man fest, daß formell überhaupt kein Fahrlässigkeitsdelikt mehr vorliegt. Das gilt auch dann, wenn das Wort „fahrlässig" oder „leichtsinnig" in den Tatbestand eingefügt wird (vorausgesetzt, daß man damit nicht wieder konkrete Gefahr zum Tatbestandsmerkmal machen will); denn das hat nur Bedeutung für den völlig hinter und außer dem Tatbestand liegenden „Erfolg" (Gefahr) und berührt den Vorsatz der Handlung nicht. Der Zusatz will nur eine etwaige vorsätzliche Gefahrherbeiführung als nicht tatbestandsmäßig hinstellen. Eine andere Bedeutung hat er nicht, ein unbewußtes Hantieren mit Licht in feuergefährlicher Umgebung ist zwar denkbar, soll aber mit dem erwähnten Tatbestand nicht erfaßt werden. Fügt man ihn aber etwa dem Tatbestand hinzu: „Das Sichbetrinken von Kraftwagenführern wird bestraft", so springt die Bedenklichkeit wegen der drohenden Verwechslungsgefahr: „Wer sich betrinkt" bedeutet etwas anderes als „Wer sich fahrlässig betrinkt", in die Augen. Letzteres könnte ebensogut ein fahrlässiges Erfolgsdelikt vorstellen, bei dem die tatbestandsmäßige Handlung den Erfolg (Trunkenheit) bildet und die fahrlässige Handlung vor dem Tatbestand liegt.

Um der Fahrlässigkeit willen hat man also den bedeutungslosen Vorsatz der fahrlässigen Handlung mit dem Schuldvorwurf belastet, es bleibt ein einfaches Vorsatzdelikt übrig. Die gleichzeitige Fahrlässigkeit der Handlung bezüglich einer außerhalb des Tatbestandes liegenden Gefahr wird für alle Fälle vorausgesetzt. Damit gewinnt man das Recht, die vorsätzliche Durchführung beliebiger Betätigungen als rechtswidrig und schuldhaft zu stempeln, eben nicht um ihrer selbst, sondern um der begleitenden Fahrlässigkeit willen. Die Aufstellung abstrakter Gefährdungsdelikte in Form schlichter Tätigkeitsdelikte ist also ein Mittel, die Fahrlässigkeit als Tatschuldform gänzlich aus dem System zu verbannen, ohne doch ihre Auswirkungen unbestraft lassen zu müssen. Gleichzeitig hat man die weitestmögliche Subjektivierung erzielt.

Hier schließt sich der Ring: Willensstrafrecht und Gefährdungsstrafrecht berühren sich. Belastet man den Vorsatz der fahrlässigen Handlung mit dem rechtlichen Makel, so hat man scheinbar einen bösen Willen, der bestraft werden kann, und zwar verführt hierzu die Ähnlichkeit mit dem echten vorsätzlichen Handlungsdelikt. In Wirklichkeit liegt inhaltlich ein echtes fahrlässiges Gefährdungsdelikt vor. An diesen Fall anknüpfend hat die Theorie die Begriffe durcheinandergeworfen. Gefährdungs- und Willensstrafrecht waren für sie identisch. Ersteres wurde subjektiv verstanden, und aus dieser Tatsache in Verbindung mit dem dominierenden Gedanken des Willensstrafrechts erklärt es sich, daß die Theorie unter Gefährdungsstrafrecht nie etwas anderes als diese Pseudo-Vorsatzdelikte begriffen hat.

Diese schlichten Tätigkeitsdelikte mit Vorsatz werden nun ihrerseits nicht etwa noch einmal subjektiviert, indem man wieder „Unternehmen" aus ihnen macht, denn dann verlören sie wegen der schwindenden Kausalitätsmöglichkeit ihren fahrlässigen Charakter, um dessentwillen sie nur strafbar sind. In Bezug auf die Fahrlässigkeit aber umfassen sie den Versuch, wie noch zu erörtern ist.

Man wende hier nicht ein, daß bei Nichtaufnahme der Gefahr in den Tatbestand mit dem dadurch bedingten Umkippen in ein Vorsatzdelikt die Wesentlichkeit einer konkreten Gefährdung für den Fahrlässigkeits**begriff** bewiesen sei. Diese Wesentlichkeit besteht nicht einmal für den Fahrlässigkeits**tatbestand**, denn hier kann auch bei abstraktem Gefahrerfordernis die Schuldform, wie wir gesehen haben, rein erhalten bleiben. Hold-Ferneck behauptet allerdings, die erwähnten Bestimmungen des ÖstStGB seien echte Gefährdungsdelikte mit einer ihnen entsprechenden spezifischen Schuldform und nicht erfolglose Fahrlässigkeiten, deren Unmöglichkeit er beweisen will. Diese behauptete besondere Schuldform kann im Rahmen der Arbeit nicht nachgeprüft werden.

Es handelt sich bei den hier in Rede stehenden schlichten Tätigkeitsdelikten zweifellos um Fahrlässigkeitsdelikte in der Form eines Vorsatzdeliktes. Diese Handlungsdelikte können nämlich auch aus anderen Gründen aufgestellt werden. Während sie in den hier besprochenen Fällen um ihres fahrlässigen Charakters willen bestehen, können sie auch gerade um

ihres vorsätzlichen willen gebildet worden sein und dementsprechend auch in einem objektiven System vorkommen, wobei der Verzicht auf einen konkreten Gefährdungs- oder Verletzungserfolg im Tatbestand nicht wegen kausaler Vermutungen und Erfolgsvernachlässigung im Einzelfalle erfolgt, sondern weil man einfach die Handlung als solche mißbilligt (etwa aus moralischen Gründen wie manche Sittlichkeitsdelikte) und auf weitere Erfolge keine Rücksicht nimmt oder ihre Erfassung durch ein besonderes Vorsatzdelikt genügen läßt. Trotz äußerer Gleichheit im Tatbestand liegen dann inhaltlich Delikte mit verschiedenen Schuldtypen vor: die ersteren sind materiell Fahrlässigkeits-, die letzteren Vorsatzdelikte.

Noch ein Wort über die praktische Brauchbarkeit: die Tätigkeitsdelikte mit latenter Fahrlässigkeit ziehen infolge ihres unklaren Tatbestandes Folgerungen nach sich, die nicht als sehr erfreulich bezeichnet werden können. Zunächst ist eine Verwechslung mit den echten vorsätzlichen Tätigkeitsdelikten möglich, die aber immerhin aus der Betrachtung des Charakters der fraglichen Handlung vermieden werden kann. Wie aber, wenn der Täter nicht nur bezüglich der tatbestandsmäßigen Handlung, sondern auch bezüglich des vermuteten fahrlässigen Erfolges vorsätzlich handelt? Dann fällt auch diese Handlung unbestreitbar unter den Tatbestand und unter den dem Strafbarkeitsgrund (Fahrlässigkeit) entsprechend milderen Strafrahmen. Wenn nun, wie in der Regel, für die vorsätzliche Erfolgsherbeiführung ein eigener Tatbestand (Unternehmen) gebildet wurde: Liegt dann Gesetzes- oder etwa Idealkonkurrenz vor? Soll sich aber vor allen Dingen die Teilnahme nach den Regeln des Vorsatz- oder des Fahrlässigkeitsdelikts bestimmen? Man steht solchen Delikten manchmal ziemlich ratlos gegenüber, und es ist tatsächlich ein Kunststück, festzustellen, welche Schuldform ihnen „eigentlich“ zugrundeliegt. Ein Beispiel möge genügen: es ist nicht zu bestreiten, daß unter den Wortlaut einer Vorschrift, wie etwa: „wer mit offenem Licht einen Raum mit leicht brennbaren Gegenständen betritt“ die fahrlässige, die vorsätzliche Brandstiftung und der mittels Brandlegung ausgeführte Mord genau so fällt, wie etwa das bloße folgenlose Suchen eines Gegenstandes unter den genannten Umständen. Trotzdem soll hier nur ein Fahrlässigkeitsdelikt gebildet werden. Umgekehrt stecken wir in einem ähnlichen Dilemma, wenn die „vorsätzliche“ Handlung einer solchen fahrlässigen Straftat nicht mit Vorsatz, sondern mit wirklicher Fahrlässigkeit gesetzt wurde, indem etwa ein Tatbestandsmerkmal infolge Irrtums nicht erkannt wurde.

Man vermeidet daher am besten schon im Interesse sauberer Abgrenzung eine derartige Ausgestaltung des Strafrechtssystems und wählt lieber echte Fahrlässigkeitsdelikte mit Aufnahme abstrakter oder konkreter Gefährdung in den Tatbestand und richtiger Schuldbestimmung, die man nur bei ihnen vornehmen kann. Teilnahme, Schuldform usw. sind in diesen Fällen wenigstens nicht zweifelhaft. Wenn man aber in solchen Fällen immer auf den mehr oder weniger dunklen Sinn der Vorschriften verweist, anstatt ihn gleich im Tatbestand für jedermann sichtbar auszudrücken, was schon durch das eine Wörtchen „fahrlässig“ möglich ist, allerdings nur in einer beschränkten Anzahl von Fällen s. o., so ist das unerklärlich.

Dies alles ist dann besonders mißlich, wenn das Gesamtsystem, wie etwa das RStGB, unter Delikten mit unbenannter Schuldform stets solche mit Vorsatz versteht. Man trifft auch bei Verzicht auf diese Metamorphose der Fahrlässigkeits- in schlichte Tätigkeitsdelikte den rechtspolitischen Grund der Fahrlässigkeitsbestrafung besser, der in der Gefahr und nicht in der Art der Handlung liegt. Die Bestrafung gleichwie verursachter (abstrakter oder konkreter) Gefahren trägt eine höhere Berechtigung in sich, als das spezielle Herausgreifen einiger weniger Tätigkeiten typisch fahrlässigen Charakters und deren Umformung in Vorsatzdelikte unter Verschleierung der für die Tatbestandsbildung maßgebenden Schuldform. Die Vermeidung solcher Tatbestände liegt also auch im Sinne der materiellen Gerechtigkeit; es sei denn, daß man diejenigen fahrlässigen Handlungen, die man mangels typischer Beziehung zu einer bestimmten Gefahr nicht derart zu einem schlichten Tätigkeitsdelikt machen kann, mit Verletzungstatbeständen erfaßt, wobei die eingetretene Verletzung die zur Bestrafung geeigneten Tätigkeiten auswählt. Aber auch in solchem Falle entbehrt die Spaltung der Fahrlässigkeitsdelikte in Gefährdungs- und Verletzungstatbestände innerer Begründung.

2 b. Es gilt nun noch, das Verhältnis des fahrlässigen Versuches zu einem Gefährdungsdelikt zu klären. Der Unterschied liegt in folgendem:

Vorsatzdelikte sind im objektiven System in der Regel Erfolgsdelikte; der Versuch, wenn er nicht einen besonderen Deliktstatbestand bildet, muß besonders unter Strafe gestellt werden. Sind die Tatbestände subjektiviert als Unternehmen ausgestaltet, so ist zwar mit dessen Beginn Vollendung gegeben, aber der Vorsatz muß sich auf den gesamten Tatbestand einschließlich des Verletzungserfolges beziehen, wie dem Wesen des Versuches entsprechend die Schuld weiter reichen muß, als die stecken gebliebene Tat, andernfalls nicht gestraft werden kann (agent provocateur). Bildet man aber schlichte Tätigkeitsdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte aus, so ist mit dem Beginn der tatbestandsmäßigen Tätigkeit Vollendung gegeben, ohne daß der Vorsatz einen garnicht im Tatbestand erscheinenden Erfolg zu umfassen braucht, obwohl er es öfters tun wird. Beispiele: Ist eine vorsätzliche Tötung als Erfolgsdelikt ausgestaltet, richtet sich der Vorsatz auf Tötung, liegt aber objektiv nur Verletzung vor, so ist diese nur als Versuch strafbar. Nicht anders ist es beim Unternehmensdelikt. Liegt auch im objektiven wie im subjektiven Tatbestand nur Verletzung vor, so kann nicht gestraft werden, außer auf Grund eines besonderen Verletzungstatbestandes. Dementsprechend müßte, um den Versuch zu umfassen, das echte Fahrlässigkeitsdelikt mit Abzielung auf die Verletzung eines Rechtsgutes, das aber bloße Gefährdung genügen läßt, verlangen, daß die Schuld weiter reichen müßte als der verwirklichte objektive Tatbestandsteil. Beim schlichten Tätigkeitsdelikt dagegen brauchte die Schuld (Fahrlässigkeit!) zur Strafbarkeit nicht weiter zu reichen als der Erfolg (im Mindestfalle abstrakte Gefährdung).

Im Gegensatz zum Vorsatz ist bei der Fahrlässigkeit aber dieser tatbestandsmäßige Unterschied zwischen Verletzungs- und Gefährdungsdelik-

ten für die Versuchsfrage bedeutungslos und zwar wieder aus dem Grunde, weil die Schuldfrage kraft objektiver Berechnung beantwortet wird. Wenn nämlich die nachträgliche Untersuchung der Kausalität eine eingetretene oder nur mögliche Gefahr feststellt, die dem Fahrlässigkeitsurteil unterworfen ist, so liegt in diesem Begriff, der die generelle Möglichkeit der Verletzung einschließt, daß aus der beurteilten fahrlässigen Handlung auch der volle Verletzungserfolg erwachsen konnte; denn, wenn dieser nicht voraussehbar war, ist der objektive Gefährdungsbegriff hinfällig. Eine fahrlässige Handlung, die konkret oder nur in der Regel der Fälle das Leben gefährdet, aber nicht zu vernichten in der Lage wäre, gibt es nicht. Infolgedessen reicht bei eingetretener oder in der Regel eintretender Gefahr die Schuld in allen Fällen weiter bis zur Verletzung, also auch über den objektiven Tatbeitrag hinaus. Aus diesem Grunde ist eine sachliche Unterscheidung von Versuch (erfolgloser Fahrlässigkeit) und echtem Gefährdungsdelikt bzw. schlichtem Handlungsdelikt nicht durchführbar. Jede Fahrlässigkeit, die im Einzelfall nicht zum Verletzungserfolg führt, ist von letzterem aus betrachtet, Versuch, von der fahrlässigen Handlung aus betrachtet, Gefährdung. Hierbei ist der Versuchsbegriff nur insofern erweitert, als wir abstrakte Gefährdung ausreichen lassen.

Die Tatbestandsformulierung ist also nur für die Beweisfrage wichtig. Das abstrakte Gefährdungsdelikt als schlichtes Handlungsdelikt umgeht prozessuale Schwierigkeiten; ist die konkret fahrlässige Erfolgsverursachung in den Tatbestand aufgenommen, so bleibt die oft schwierige nachträgliche Kausalberechnung zur Beantwortung der Gefahrenfrage nicht erspart. Ist nur die „Eignung" des Kausalverlaufs Tatbestandsmerkmal bei weiter Fassung der relevanten Kausalitäten, so sind doch wieder Fälle denkbar, in denen diese Eignung fehlt, also ist auch hier der Richter einer Prüfung nicht enthoben. Diese Beweiserleichterung bei den reinen Tätigkeitsdelikten mit latenter Fahrlässigkeit dürfte aber nach dem Gesagten nicht allein zu ihrer Bildung verführen.

II. Im normativen System besteht das Unrecht des Fahrlässigkeitsdeliktes darin, gegen Rechtsbefehle: „Vermeide diesen und jenen Erfolg" bei echten Fahrlässigkeitsdelikten oder „Du sollst nicht so oder so handeln" bei abstrakten Gefährdungsdelikten als Tätigkeitsdelikten durch eine Pflichtwidrigkeit in Gestalt einer fahrlässigen Handlung bzw. einer fahrlässigen Erfolgsverursachung verstoßen zu haben. Das eine unteilbare Unrecht gleich Pflichtwidrigkeit setzt sich also aus einem objektiven und einem subjektiven Element zusammen, aus einer Handlung und aus einer bestimmten negativen vorwerfbaren psychologischen Einstellung dazu, die sich auf die Verletzung einer Sorgfalts- und Überlegungspflicht begründet. Fehlt ein Element, so ist die Rechtssphäre nicht berührt. Alle Unrechtsausschließungsgründe haben die gleiche Wirkung, ob sie auf der objektiven oder der subjektiven Seite des Tatbestandes eingreifen. In den bisherigen Systemen auf objektiver Grundlage ist dies anders: Gründe, die das objektive Unrecht ausschließen, schließen auch die Schuld aus, nicht aber umgekehrt. Dies ergibt sich ganz natürlich daraus, daß der Schuldbegriff

des Strafrechts logisch vom Begriff des Unrechts abhängt. Wo kein Unrecht, kann es keine Schuld geben, wo das Recht nichts mißbilligt, kann nichts vorgeworfen werden. Im normativen System ist also kein Raum für eine Trennung von Unrechts- und Schuldausschließungsgründen, ja es kennt streng genommen überhaupt keinen Schuldausschluß; denn die selbständige Aufstellung dieser Kategorie hat nur Wert, wenn das Unrecht trotz Verneinung der Schuld bestehen bleiben kann. Es ist daher nicht empfehlenswert, dieses logische Verhältnis auf den Kopf zu stellen und mit dem Amtlichen Bericht die Rechtswidrigkeit in der Schuld aufgehen zu lassen, sodaß nur Schuldausschließungsgründe übrigbleiben. Es ist nämlich nicht richtig, daß die Schuld den Zentralbegriff des Strafrechts bildet, in weit höherem Maße tut dies die Rechtswidrigkeit: daß schuldlose Taten bestraft werden, ist eine geschichtliche Alltäglichkeit, aber man kommt nicht daran vorbei, nicht-rechtswidrige Taten straflos zu lassen und umgekehrt das, was man straft, rechtswidrig zu nennen. Wahrscheinlich liegt hier der Gedanke zugrunde, daß beim Absehen vom Erfolg und Bestrafung des bösen Willens auch das im Erfolg steckende Unrecht verschwindet und daher eine reine Schuldbestrafung übrigbleibt. Redet man aber einfach, wie die Denkschrift vorschlägt, bei den Schuldausschließungen von „Gründen, die die Strafbarkeit ausschließen", so ist zwar eine große Selbstverständlichkeit gelassen ausgesprochen (denn was interessiert uns am Strafrecht, das nicht irgendwie Einfluß auf die Strafe hätte?), aber wir geraten dadurch wieder in die unerfreuliche Kategorie der Strafausschließungsgründe, die wohl oder übel wiederum aufgelöst werden muß, weil sich die hierher gehörenden Fälle einfach nicht alle gleich behandeln lassen (z. B. bzgl. der Teilnahme, auch ihrer Akzessorietät) und auf verschiedenen Gründen und nicht nur auf dem Gedanken des Schuldausschlusses beruhen. Im übrigen bleiben wir wieder im Dunkeln über den zugrundeliegenden Rechtswidrigkeitsbegriff. Die Vereinfachung in der Gesetzesformulierung bekommt der Richter bei der Anwendung als Gegenteil zu spüren.

Wir reden daher bei unserer Darstellung nur von Unrechtsausschließungsgründen, nicht auch von Schuldausschließungsgründen, wobei wir unter Zugrundelegung des üblichen formalen und nicht abstufbaren Unrechtsbegriffes keinen sachlichen Unterschied gegenüber den auch als Ausdruck verwandten sog. Rechtfertigungsgründen anerkennen. Es liegt allerdings nahe, mit der Zusammenfassung von Schuld und Unrecht entsprechend der allgemein geübten Abstufung des Schuldgrades nun auch eine solche des darin steckenden Unrechts vorzunehmen.

Für die Fahrlässigkeitsdelikte haben die Rechtfertigungsgründe naturgemäß nicht die Bedeutung wie für die vorsätzlichen, schon wegen ihrer geringeren Zahl und praktischen Wichtigkeit. Bezüglich der Subjektivierung aber werden wir sehen, daß sie bei der fahrlässigen Straftat nicht vorkommen kann.

Im Allgemeinen ist zu sagen, daß getreu den Grundsätzen eines subjektiven Systems für die Frage der Strafbarkeit nicht das Vorliegen objektiver Ausnahmen rechtlicher Mißbilligungen (objektiver Bewertun-

gen), sondern das Fehlen bestimmter Imperative und der Glaube an ein solches Fehlen kraft Tat- oder Rechtsirrtums entscheiden. In bestimmten Situationen kann das Recht vernünftigerweise keine Imperative erlassen, weil kein Mensch durchschnittlicher Beschaffenheit in der Lage ist, sie zu erfüllen. Ebenso können an Menschen pathologisch-anormalen Charakters in keinem Falle Rechtsbefehle ergehen, und schließlich gestattet das Recht in Ausnahmefällen die Erfüllung des Tatbestandes, weil es den Erfolg bejaht. Dies dürften die Grundgedanken sein, auf denen sämtliche Rechtfertigungsgründe eines normativen Systems beruhen. Es werden dadurch keine subjektiven Rechte des nicht-rechtswidrig Handelnden im bisherigen Sinne gebildet, und es stehen im Falle des Notstandes nicht mehrere solche Rechte gegeneinander, eine in der Imperativentheorie unmögliche Vorstellung, sondern es fehlen gewisse Verhaltungsvorschriften. Daß hierbei Sein und Schein, Wirklichkeit und Vorstellung, im subjektiven System gleich behandelt werden müssen, liegt auf der Hand, es sei denn, man konstruiert wieder eine Fahrlässigkeit in das Nichterkennen der Wirklichkeit hinein. Ein großer Unterschied zu den objektiven Systemen besteht darin, daß infolge der einheitlichen Natur des Unrechts auch der Irrtum über die Schuldfrage Beachtung verlangt, und daß das mangelnde Bewußtsein der Rechtswidrigkeit Unrecht u n d Schuld ausschließt.

Für unser Thema ergibt sich nun Folgendes, das zur Ergänzung und Verdeutlichung des bereits oben Gesagten dient: Befindet sich jemand in einer Situation, in der die objektiven Gegebenheiten ausreichen, um den Täter bei bestehenbleibender Strafdrohung in eine Zwangslage zu versetzen und um daher eine der erwähnten Ausnahmen von dem Rechtsbefehle zu rechtfertigen, und übersieht er die Sachlage nicht, hält sich für rechtlich gebunden und handelt trotzdem, so muß er bestraft werden. Denn es kommt für den Vorsatz nicht darauf an, ob die objektive Sachlage dergestalt ist, daß man keinen Rechtsbefehl erlassen kann, sondern darauf, daß der Seelenzustand des Täters den Erlaß eines solchen nicht gestattet. Treffend weist Hold-Ferneck „Notwehr und Notstand" für diese Fälle darauf hin, daß die innere Not des Täters und ihr Konflikt mit der Strafdrohung, seine Ratlosigkeit und seelische Beklemmung, der Ausgangspunkt für die Lehre von Notwehr und Notstand und damit für die Aufhebung dieser Strafdrohung sein muß. Eine solche Not liegt aber nicht vor, wenn der Täter die tatsächliche, negative Tatbestandsmerkmale betreffende Sachlage, die Anlaß zu einer solchen sein könnte, nicht übersieht. Anders liegt es im objektiven System, das hier für den Vorsatz ein strafloses Putativverbrechen annimmt.

Eine solche Betrachtungsart ist für die Fahrlässigkeit aber nicht durchführbar, eben weil der Erfolg keinen psychischen Rapport zum Täter hat. Da dieser den Erfolg überhaupt nicht oder nicht entscheidend will, so kann es keinen Unterschied machen, ob er ihn als rechtmäßigen oder unrechtmäßigen will, was aber er sich bei der fahrlässigen Handlung denkt, ist gleichgültig, innere Not z. B. bezüglich des Erfolges ist nie vorhanden. Subjektive Gründe zur Aufhebung der Imperative gibt es nicht, und sieht man von objektiven ab, so steht der fahrlässig verursachte Erfolg strafrecht-

lich völlig außerhalb des Bereiches, den Notwehr und Notstand decken. Hier ist folgende Erwägung denkbar: Ergehen keine Imperative, um eine sonst verpönte Rettungshandlung zu ermöglichen, so ist dies nur deshalb und dann der Fall, wenn der Täter von dieser Handlung Gebrauch machen will, d. h. aber einen rettenden Erfolg vorsätzlich mit dem Bewußtsein mangelnder Rechtswidrigkeit herbeizuführen die Absicht hat. Führt er ihn fahrlässig herbei, während er sich auf dem Unrechtsgebiet zu bewegen glaubt, so scheidet der Gesichtspunkt von Notwehr und Notstand völlig aus. Eine allgemeine Betrachtung tritt wieder ein, der Imperativ: „Vermeide einen solchen Erfolg" ist wirksam, und die Tat ist aus diesem Grunde und nicht, weil der Täter bezüglich der fahrlässigen Handlung irrt, strafbar. Es gilt hier alles das, was im Allgemeinen Teil hierüber ausgeführt wurde.

Übersieht der Täter die Lage, will er sich aber nicht verteidigen, um den Angriff zu dulden oder auf anderem Wege zum Ziele zu kommen, verteidigt er sich aber fahrlässigerweise doch, so kann die Betrachtungsweise genau dieselbe sein wie oben. Das Recht hat nur dann Veranlassung, Verteidigungsmaßnahmen straffrei zu stellen, wenn der Täter von ihnen Gebrauch machen will. Tut er es nicht, so wird beim dolus sein böser Wille und entsprechend bei der Fahrlässigkeit, die ihrem Wesen nach immer Ablehnung der Verteidigung darstellt, seine Schuld in anderer Form als culpa bestraft. Bei dieser Betrachtung ist auch der Einwand nicht mehr durchschlagend, daß es ungereimt ist, u. U. die vorsätzliche Tötung straflos zu lassen und die fahrlässige zu bestrafen, wie in diesen Fällen bei Vorliegen eines rechtmäßigen Verteidigungswillens bzw. Fehlen eines solchen entschieden werden muß. Von der herrschenden Lehre wird dies alles für ihr objektives System unter der Frage behandelt, ob zum Begriff der Notwehr ein Verteidigungswille gehört, und diese Frage wird bejaht. Bei objektivem Rechtswidrigkeitsbegriff wäre das etwa so zu begründen, daß die objektive Billigung des Erfolges von der psychischen Einstellung zu ihm abhängt (ein Subjektivismus!). Eine eindeutige Antwort auf diese Frage kann auch ein subjektives System nicht geben, weil hier, wie zugegeben werden muß, der methodische Ausgangspunkt für systematische Folgerungen nicht festliegt. Die Lösung ist letzten Endes Frage der Zweckmäßigkeit.

Für den Notstand ergibt sich aus dem Gesagten allgemein die notwendige Aufnahme der Einheitstheorie und in Konsequenz des Subjektivismus die Aufgabe, subjektive Notlagen und nicht objektive Güter gegeneinander abzuwägen. Da sich für die Fahrlässigkeitsdelikte hier nichts grundlegend von dem Gesagten Abweichendes findet, soll hier nur auf Hold-Fernecks „Notwehr und Notstand" verwiesen werden, der den im subjektiven System notwendigen Umbau dieser Rechtsinstitute in konsequenter Weise durchgeführt hat.

Als Ergebnis halten wir fest: die fahrlässige Tat ist in all den genannten Fällen strafbar: eine zum Unrechtsausschluß- bzw. -begründung führende Subjektivierung ist nicht möglich. Aufhebung der Imperative kann dem Täter überhaupt nur aus objektiven Gründen

gewährt werden, wenn etwa die Erfolgskausalität der fahrlässigen Handlung absolut sicher ist und dem Täter aus der Vornahme dieser Handlung kein Vorwurf gemacht werden kann, weil z. B. in ihr gerade die Verteidigung oder die abgenötigte Handlung (im Nötigungsnotstand) steckt.

Die Reformliteratur zeigt besonders auf diesem Gebiete ein Bild völliger Unentschiedenheit. Die 1. Auflage des Amtl. Berichts (Gürtner) steht implicite mit „Recht gegen Unrecht" und „Güterkollision" auf dem Boden objektiven Unrechts desgl. die Preußische Denkschrift. Auch die 2. Auflage des Amtlichen Berichtes will trotz ihres Hanges zur Identifizierung von Schuld und Rechtswidrigkeit nicht die letzte Konsequenz ziehen, um Notwehr gegen Notwehr ausschließen zu können. Immerhin wählt sie für den Notstand die Einheitstheorie und lehnt die Güterabwägung ab. An der Erforderlichkeit des Verteidigungswillens bei der Notwehr hält sie dagegen fest, sodaß die fahrlässige Verteidigungshandlung strafbar wäre (?). Wie diese Schwierigkeiten zu beseitigen sind, wurde schon oben angedeutet; man muß den Kreis des Notstandes gegenüber der Notwehr erweitern (interessant hierzu wieder Hold-Ferneck, der nur die böswilligen Angriffe unter die Notwehr fallen läßt). Der Angriff des Geisteskranken kann im Normativsystem nicht rechtswidrig sein; an Geisteskranke ergehen keine rechtlichen Imperative. Aber es liegt kein Grund vor, diese Fälle unbedingt unter der Flagge der Notwehr segeln zu lassen. Andrerseits ist die Verteidigungshandlung nicht rechtmäßig im Sinne der Gewährung des subjektiven Rechts auf ihre Vornahme, sondern nur erlaubt, nicht verboten. Für Tierangriffe gilt das entsprechende, auch sie fallen unter den Notstandsbegriff.

III. 1. Das Problem der Subjektivierung des Strafrechts kompliziert sich ganz außerordentlich, sobald mehrere Personen ihren Beitrag zu dem Verbrechen geliefert haben. Ist bei dem Einzeltäter ein bestimmtes objektives Vorkommnis ins Subjektive zu übersetzen, so müssen bei der Beteiligung mehrerer am Verbrechen nicht nur die einzelnen objektiven Tatanteile so behandelt, sondern auch das Verhältnis, in dem diese Teile zueinander stehen, muß durch subjektive Vorstellungen bestimmt werden, also die Frage, die in der üblichen Terminologie lautet: Liegt Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe vor. Hierbei ergibt sich eine grundlegende Zweiteilung der Subjektivierung.

Wir sahen oben, daß die Vorstellungen des Täters in subjektiven Systemen den objektiven Tatbestand sowohl ersetzen und ergänzen, falls er garnicht oder nicht vollständig vorhanden, als auch in einer für die Strafbarkeit maßgebenden Weise abändern können, wenn er in anderer Modifikation vorliegt. Für die Teilnahme ergibt sich daraus das Nachstehende: Gibt es überhaupt keine objektiv unterscheidbaren Teilnahmeformen oder lassen sich solche in brauchbarer Weise nicht bestimmen, so ist es Aufgabe der Subjektivierung, diese Teilnahmeformen zu schaffen, soweit sie dazu in der Lage ist, m. a. W., die Vorstellungen des Teilnehmers bestimmen, ob er Täter, Gehilfe usw. ist und zwar auf Grund von Wert-

urteilen summarischer Natur über die Tat als Ganzes und deren Verhältnis zum Ausführenden, nicht von sachlichen Erkenntnissen oder Irrtümern über einzelne Merkmale, die objektive Unterscheidungskriterien bilden. Glaubt man aber objektiv unterscheidbare Teilnahmeformen aufstellen zu können, so sind die Tätervorstellungen nicht in dieser Weise schöpferisch; sie können nur insofern die objektive Sachlage verändern, als sie sich in einem Irrtum über die tatsächlichen Gegebenheiten befinden, auf Grund deren Vorliegens man das objektive Urteil Täterschaft, Anstiftung usw. fällen kann. Dann müssen diese Vorstellungen an Stelle der wahren Sachlage der objektiven Beurteilung zugrundegelegt werden. Sie sind aber nicht in der Lage, auf Grund einer falschen Gesamtbewertung des richtig erkannten Sachverhalts das Verhältnis der Tatbeiträge zueinander abzuändern.

Die beiden Methoden der Subjektivierung wollen wir nun nebeneinander stellen und getrennt auf ihre Durchführbarkeit prüfen; die allgemeinen Grundlagen werden dabei nur soweit behandelt, als sie dem Thema dienen.

2 a. Gehen wir zunächst von der Annahme aus, Teilnahmeformen objektiv nicht unterscheiden zu können. Unter diesen Voraussetzungen führt uns dann die als unleugbar behauptete Gleichwertigkeit aller zum Erfolg führenden Kausalglieder zunächst bei Beschränkung der Betrachtung auf das objektiv Gegebene und unter Mißachtung des subjektiven Tatteils und der in ihm etwa liegenden Abgrenzungskriterien der Teilnahme zu dem sog. extensiven Täterbegriff: Täter ist jeder, der irgendwie kausal zum Erfolg beigetragen hat [1]). Verschiedenheiten in der Schuld und im sonstigen subjektiven Tatbestand zu berücksichtigen, ist ausschließlich Sache der Strafzumessung. Diese Gleichsetzung aller Tatbeiträge kennt naturgemäß keine Haupt- und Nebentaten und dementsprechend kein Problem der Akzessorietät. Zur Erfassung aller Beteiligten dient das Wort „Mitwirkung", die Strafbarkeit eines Mitwirkenden wird völlig unabhängig von der eines anderen beurteilt, jeder fällt unter den für den Täter bestimmten Strafrahmen. Eine solche Lösung hat den Vorzug, ohne die Verlegenheitskonstruktion der mittelbaren Täterschaft und ohne ins Leere fallende Fälle auszukommen.

Dieser Verzicht auf jede Abgrenzung der Beteiligungsformen, soweit sie nicht nur sprachlichen Bedürfnissen entspricht, nicht nur auf objektiver, sondern auch auf subjektiver Seite durch eben die Einführung des extensiven Täterbegriffs ist aber keine spezifische Konsequenz eines subjektiven Systems, wie die Amtl. Berichte annehmen, sondern im Gegenteil gerade ein Verzicht auf Subjektivierung, was sich auch aus einem noch zu erwähnenden Gesichtspunkt ergibt. Die Teilnahme zu subjektivieren heißt nicht sie abzuschaffen.

2 b. Auf Grund einer Analyse der vorliegenden „Willensbestände", die im subjektiven System allein maßgebend sein sollten, ist es durchaus

---

1) Die notwendige Einschränkung dieses Satzes kann hier vernachlässigt werden.

möglich, verschiedene Teilnahmeformen zu bilden. Es fragt sich nur, wie weit man damit spezifisch für die fahrlässigen Straftaten kommt. Das Akzessorietätsproblem soll dabei zunächst vernachlässigt werden: es wird im Zusammenhang mit der zweiten Subjektivierungsform einheitlich behandelt, da, wie wir noch sehen werden, es bei der ersten garnicht auftreten kann.

Das bekannteste Beispiel für die erste Art der Subjektivierung ist die Behandlung der Teilnahme durch das Deutsche Reichsgericht und im Anschluß daran durch die gesamte Praxis auf Grund der Kausalitätstheorie von Buris. Es lohnt nicht, die zum Überdruß oft gehörten Argumente für und wider diese Lehre zu wiederholen; wir erwähnen nur, daß bekanntlich auf objektive Unterscheidbarkeit verzichtet und die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe mit Hilfe des subjektiven Elementes animus auctoris oder socii, bzw. Tätigwerden im eigenen oder fremden Interesse vorgenommen wird. Für die Anstiftung liegt es im Wesen dieses Begriffs, wie er von der bisherigen Teilnahmelehre gebildet wurde, daß ihre Fixierung durch objektiv feststellbare Daten des subjektiven Tatbestandes erfolgt, nämlich durch das Bestimmenwollen zur Tat, sie scheidet daher hier aus. Zu untersuchen, ob die bisherigen Teilnahmekategorien als solche stichhaltig sind, ist nicht Aufgabe unseres Themas. Das Problem beschränkt sich auf die Trennung von Täterschaft und Beihilfe.

Die erwähnten Begriffe des Reichsgerichts sind entsprechend dem oben gezeigten Wesen dieser Teilnahmebildung alles Begleitvorstellungen normativer Natur, aber keine Vorstellungen, bzw. Irrtümer über allgemeine Tatbestandselemente, die etwa die Teilnahmeformen beträfen. Diese reichsgerichtliche Theorie gehört streng genommen garnicht in ein objektives Strafrechtssystem hinein, wie es das RStGB im Wesentlichen darstellt; aber hier liegt ein Subjektivismus aus Not vor; vor der Teilnahme glaubt das objektive System die Waffen strecken zu müssen, weil objektive Unterscheidungsmerkmale scheinbar unauffindbar sind.

Die Methode des Reichsgerichts, die für das Zusammentreffen mehrerer vorsätzlicher Tatteile aushilft, ist für die Fahrlässigkeitsdelikte nicht durchführbar. Es kann bei diesen bezüglich des Erfolges keinen animus auctoris oder socii geben, da ihr Wesen gerade darin liegt, den Erfolg nicht zum Vorstellungs- oder Willensinhalt gemacht zu haben. Ob aber die fahrlässige Handlung mit animus socii oder auctoris gesetzt ist, muß gleichgültig sein, denn diese als solche geht, wie immer wieder betont werden muß, das Strafrecht nichts an, sondern lediglich in ihrer kausalen Eigenschaft ist sie beachtlich; sie ist in den meisten Fällen nicht einmal tatbestandsmäßig präzisiert. Man kann zwar allenfalls sagen, daß der zum strafrechtlich entscheidenden Erfolg führende Weg durch fremde oder eigene Interessen bestimmt war, bzw. mit animus auctoris oder socii begangen wurde. Da aber der hieran anschließende Erfolg, abstrakt und in dem oben besprochenen Sinne verstanden, dessen Eintritt die Tat überhaupt erst aus der Alltagsbetätigung heraushebt und dem Strafrecht einverleibt, reines Zufallsprodukt ist, an dessen Herbeiführung der Täter nicht bewußt, sondern nur als Werkzeug der Naturkausalität beteiligt ist,

so würde es der inneren Berechtigung entbehren, den animus socii der fahrlässigen Handlung dazu zu verwenden, den Verursachenden unter der Bezeichnung Gehilfe als minder strafwürdig darzustellen. Man sollte bei der Fahrlässigkeit überhaupt nicht von Teilnahme an der fahrlässigen Handlung, sondern nur von Teilnahme an der Erfolgsverursachung sprechen, eben um damit auszudrücken, daß beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht die Art der Tätigkeit und die sie begleitenden psychischen Tatbestände (besonders deutlich beim Vorsatz) interessieren, sondern nur, ob sie als kausal für den Erfolg angesehen werden kann. In diesen Fällen ist nicht der Erfolg bewußt im eigenen oder fremden Interesse herbeigeführt, was bei den Vorsatzdelikten das eigentlich Entscheidende ist, sondern aus einem an sich gleichgültigen Verhalten in diesem oder jenem Interesse, mit diesem oder jenem animus, ist ein fahrlässiger Erfolg in relevanter Kausalität erzielt worden. Ob hier Täterschaft oder Teilnahme vorliegt, kann daher niemals mit Hilfe der Interessenrichtung jener Handlung entschieden werden. Es liegt hier eine Analogie zu den schon behandelten Fällen des Unrechtsausschlusses vor: der hiernach entwickelte Grundsatz gilt ganz allgemein und ist in allen entsprechenden Fragen anwendbar.

Diese Bewertung oder besser Verursachung kraft besonderer Affektbetonung eines objektiven, strafrechtlich entscheidenden Geschehens soll bei Vorsatzdelikten das maßgebende Kriterium dafür sein, ob Teilnahme oder Täterschaft vorliegt. Trifft nun eine fahrlässige mit einer vorsätzlichen Beteiligungsform zusammen, so greift die herrschende Lehre zu dem Gebilde der sog. mittelbaren Täterschaft, soweit die fahrlässige die unmittelbare Ausführungshandlung ist. Der vorsätzlich Handelnde ist unter allen Umständen Täter, ganz gleich, welch ein animus bei ihm vorliegt, auch wenn er glaubt, der andere Beteiligte handle vorsätzlich; man sträubt sich offensichtlich bei dem Gedanken, nur den fahrlässig Handelnden als den eigentlichen Täter (bei geeignetem Tatbestand) anzusehen und den vorsätzlich Ausführenden zum bloßen Gehilfen bei entsprechender Willensrichtung herabzudrücken, wie dies ja auch in den Teilnahmevorschriften des StGB zum Ausdruck kommt, die nur Teilnahme an vorsätzlicher Tat kennen. Es finden also auf beide die Tätervorschriften Anwendung, wobei wir den Streit, ob hier Mittäterschaft möglich ist, als für unser Thema belanglos übergehen wollen.

Ist die fahrlässige die Außen- und die vorsätzliche die Innenhandlung, so ist die herrschende Lehre ratlos. Der Streit, ob die Teilnahmevorschriften Strafeinschränkungs- oder Strafausdehnungsgründe sind, entscheidet nach geltendem Recht über das Schicksal der fahrlässigen Tat; nur im ersteren Fall kann sie gestraft werden, weil die haftungsbegründende Kausalität nicht auf diesen Teilnahmevorschriften beruht, im zweiten, wo dies doch der Fall ist, fällt sie ins Leere. Der grundsätzliche Ausgangspunkt, von dem aus subjektive Teilnahmeformen gebildet werden, kann nämlich sowohl der extensive wie auch der restriktive Täterbegriff und braucht nicht notwendig der letztere zu sein, nach dem nur der unmittelbar Ausführende Täter ist. Diese Grundlage ist aber im RStGB zweifelhaft. Siehe hierzu Amtl. Bericht a.a.O.

Kann sich hier die herrschende Lehre noch einigermaßen helfen, so ist sie beim Zusammentreffen mehrerer fahrlässiger Tatbeiträge mit Gemeinsamkeitsbewußtsein des Tätigwerdens mit ihrem Latein zu Ende. Die Möglichkeit fahrlässiger Teilnahme wird abgelehnt und zwar nicht nur auf Grund der Gesetzesvorschriften ganz folgerichtig, da objektiv nicht nachweisbar, subjektiv im Gegensatz zum Vorsatz aber auch nicht, welch letzteres nicht allgemein anerkannt wird. Besonders Binding hat sich lange (vergeblich) bemüht, fahrlässige Teilnahmeformen nachzuweisen, allerdings mit dem unbeachtlichen Hinweis auf die Möglichkeit, im Vorsatz der fahrlässigen Handlung ebenso wie im dolosen Vorsatz die gleichen Vorstellungsrichtungen nachweisen zu können.

Sind so alle fahrlässig Beteiligten zweifellos Täter, so erhebt sich die Frage, ob sie Mit- oder Nebentäter sind. Das Problem der fahrlässigen Mittäterschaft taucht auf.

Zunächst einige Bemerkungen zur Frage der Kausalität: Man findet vielfach die Ansicht, daß zum Begriff der Mittäterschaft die Gesamterfolgsverursachung jedes Mittäters gehöre (bei Versuch des einen nur Versuchsstrafe). Sei der eine, abgesehen von der psychischen Einwirkung durch das Gemeinsamkeitsbewußtsein, nicht kausal für den Tatteil des anderen geworden, so werde jeder nur nach dem Maße seiner Kausalität bestraft. Wäre das richtig, so hätte die Mittäterschaft keine andere Aufgabe, als in Systemen mit restriktivem Täterbegriff die nicht tatbestandsmäßigen Kausalitäten dadurch zu tatbestandsmäßigen zu machen, daß sie dieses Erfordernis durch die Schuld im Gemeinsamhandeln ersetzt. In extensiven Systemen wäre sie also überflüssig, weil mit Nebentäterschaft identisch. Hier kann sie theoretisch die Kausalität als solche ersetzen, nicht aber ihre Adäquanz, weil eben alle Kausalitäten den Tatbestand erfüllen. Ein solches völliges Fehlen der Kausalität wird aber wegen des Bewußtseins des Zusammenhandelns selten vorkommen; sie wird öfters zum mindesten als psychische vorliegen, ein Nachweis darüber aber nicht zu führen sein. Wir schließen uns der Ansicht an, die Kausalität bei der Mittäterschaft nicht für erforderlich hält; allzu bedeutsam ist der Unterschied für unsere Untersuchung nicht.

Bekannt ist der Streit um den Sinn des § 47 StGB: „Wenn mehrere . . . gemeinschaftlich ausführen“ Das Institut der Mittäterschaft stammt wie das der mittelbaren Täterschaft aus einem subjektiven System, insofern das bloße Wollen der Tat eines anderen dem Täter zugerechnet wird. Die Aufstellung des Begriffs der Mittäterschaft hat daher überhaupt nur Wert für die Fälle, wo entweder der strafrechtlich entscheidende Erfolg nicht schon allein und völlig auf das Konto jedes einzelnen der mehreren Täter zu setzen ist, wo vielmehr erst durch Addition der Tatteile die gesamte Tatbestandsverwirklichung herauskommt (doppelte Mittäterschaft) oder wenigstens der eine der Täter weniger als den Tatbestand verwirklichte (einfache Mittäterschaft), der eine für den Tatanteil des anderen also überhaupt nicht oder nicht tatbestandsmäßig kausal wurde, sondern in seine Ausführung durch den anderen nur einwilligte. Sind beide in gleicher Weise kausal für den gesamten strafrechtlich entscheidenden Erfolg,

geworden, dergestalt, daß auch nach Abzug des Anteils eines jeden der Mittäter ein voll verwirklichter Tatbestand vorliegt, ohne daß dieser nur selbständig poenalisierter Teil eines zusammengesetzten Delikts wäre, so ist es eine reine Wortspielerei ohne dogmatische Bedeutung und völlig gleichgültig, ob man bei bewußtem Zusammenwirken von Mittäterschaft und bei unbewußtem von Nebentäterschaft redet. Das berühmte Beispiel vom gemeinsamen Werfen eines Balkens auf die Straße und der dadurch eintretenden fahrlässigen Verletzung eines Fußgängers beweist also garnichts für die stark bestrittene Möglichkeit der fahrlässigen Mittäterschaft, denn der Fall wäre mit gleichem Resultat ganz gleich zu behandeln, auch wenn es keinen § 47 StGB gäbe, der insoweit überflüssig ist. Das wesentliche Charakteristikum der Mittäterschaft ist aber gerade, daß jemand für etwas gestraft wird, was er nicht oder nicht strafrechtlich entscheidend getan bzw. verursacht hat, und unter diesem Gesichtspunkt ist die Mittäterschaft durchaus ein Fall der Teilnahme an fremdem Tun, wenn auch nicht in dem Sinne, daß immer eine Haupttat vorliegen müßte, von der die Teilnahmehandlung in der Bestrafung abhinge. Hier steckt der Kernpunkt des Problems, und deshalb wird die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt weniger aus dem Grunde abgelehnt, weil bei der Fahrlässigkeit kein Bewußtsein des Zusammenwirkens bezüglich der fahrlässigen Handlung möglich ist, — Wortlaut des § 47 und einfache Überlegung müßten diese Frage bejahen — sondern vielmehr deshalb, weil dieses Bewußtsein rechtlich gleichgültig ist, weil der verpönte Erfolg, den der andere durch seine Fahrlässigkeit erzielt, nicht gewollt ist, also getreu dem subjektiven Grundgedanken auch nicht zugerechnet werden kann. Aber selbst, wenn man aus dem § 47 das allgemeinere Prinzip herauslesen wollte, daß nicht nur das Wollen des Erfolges des anderen, sondern ganz allgemein die Schulderstreckung (also einschließlich Fahrlässigkeit) auf den fremden Erfolg die mangelnde Kausalität oder ihre Adäquanz ersetzen soll, ist der Nachweis eines Falles der echten fahrlässigen Mittäterschaft nicht zu erbringen und zwar aus folgenden Gründen:

Der Einfachheit halber nehmen wir an, daß der Begriff der Mittäterschaft keine Kausalität erfordere. Ist man anderer Ansicht, so ist schon der Nachweis der objektiven Voraussetzungen nicht zu führen, wie wir sehen werden.

Wir haben zuerst zu fragen, ob es möglich ist, daß der eine Täter fahrlässig einen Teilerfolg verursacht, während der andere zwar mit jenem gemeinsam handelt, jenen Teilerfolg aber dennoch nicht mitverursachte, also erst die Zusammenrechnung das Verbrechen ergibt, oder aber der eine den gesamten Tatbestand verwirklicht, der andere aber nur einen Teil, ohne kausale Verbindung zwischen beiden. Schon dieses objektive Erfordernis ist nach geltendem Recht kaum zu erbringen, weil bei dieser Untersuchung störend wirkt, daß die Gesetzestechnik im RStGB wie in vielen anderen Strafgesetzbüchern den Ausweg gewählt hat, mangels geeigneter objektiver und subjektiver Abgrenzungskriterien der fahrlässigen Teilnahmeformen, die Tatbestände der Fahrlässigkeitsdelikte soweit zu fassen, daß jeder Art Mitwirkung die Täterqualität zukommt. Hier greifen

Gesetzgebung und Praxis, weil ihnen nichs anderes übrig bleibt, resigniert zum extensiven Täterbegriff. Es geschieht dies in bekannter Weise dadurch, daß man das „Verursachen" des Erfolges genügen läßt (§§ 221, 230 StGB) und eine nähere Präzisierung der zum Erfolg führenden fahrlässigen Handlung und damit ein Ausscheiden bestimmter Arten des Verursachens aus dem Tatbestand vermeidet. Es dürfte bei dieser Sachlage aber schwierig sein, fahrlässige Mitwirkungsformen ausfindig zu machen, die nicht condiciones sine quibus non für den Gesamterfolg sind, sondern diese Eigenschaft nur hinsichtlich eines Teilerfolges besitzen. Unmöglich aber wäre der Nachweis außertatbestandsmäßiger Kausalitäten. Das Problem der Kausalität der Teilnahme ist eines der heikelsten überhaupt, und die herrschende Kausalitätstheorie ist durchaus nicht imstande, es befriedigend zu lösen. Aber geben wir einmal diese Möglichkeit zu; es ist immerhin denkbar, daß A mit B zusammen Sprengkörper verstreut, wobei ein Passant durch einen von B geworfenen Sprengkörper getötet wird, was A hätte voraussehen können. Man kann zur Not hier die Kausalität der Handlung des A für die Tötung verneinen (die Sache ist höchst zweifelhaft), wenn B auch ohne das Mitwirken des A Patronen zu zerstreuen gewillt war und dieser für das Werfen in keiner Weise bestimmend wirkte. Hier reicht die Fahrlässigkeit des Streuens für beide Täter gleichweit; man sieht aber auch, warum keine echte Mittäterschaft möglich ist: das subjektive Erfordernis ist nicht zu erbringen. Die Schuldgrenze wird mit Hilfe der voraussehbaren d. ist in der Regel die tatbestandsmäßige Kausalität der e i g e n e n Handlung gezogen, infolgedessen kann sich die Fahrlässigkeit nicht auf nicht verursachte und daher nicht voraussehbare Fremderfolge erstrecken. Einen Schuldüberschuß gibt es nur bei der Form des Versuches in Bezug auf die eigene Handlung, sodaß in obigem Beispiel der Tatbeitrag des A nur in einem Gefährdungs- bzw. Versuchstatbestand erfaßt werden kann, was aber keine Bestrafung wegen Beteiligung an fremdem Tun (Mittäterschaft), sondern wegen eigener unabhängiger Täterschaft bedeutet.

Die Fälle, in denen die Bezeichnung Mittäterschaft überhaupt Wert hat, scheiden also für die fahrlässige Straftat aus; es bleiben zur Erfassung aller Beteiligungsformen nur die extensiven Tatbestände übrig, die jedem Bedürfnis genügen, aber auch erforderlich sind, wie oben im anderen Zusammenhang ausgeführt, um alle Wege, die zu Gefahren führen können, strafrechtlich zu sperren. Gemeinsames oder nicht gemeinsames Handeln führt zu völlig gleicher Behandlung, es gibt weder Mit- noch Nebentäter, sondern nur Täter: ‚der extensive Täterbegriff ohne einengende Sondervorschriften scheidet nicht nur die übrigen Teilnahmeformen, sondern auch die Mittäterschaft, soweit sie Teilnahme ist, aus dem System aus. Jeder wird insoweit und als Täter bestraft, wie Kausalität nud Schuld seiner Handlung tatbestandsgemäß reichen. Als Gefährdungstatbestand ausgebildet, begreift ein solches Delikt auch folgenlose Mitwirkungsarten.

Der Ausdruck: „Wer eine Gefahr dieser Art verursacht" stellt dabei nur eine Art extensiver Formulierung dar. Auch die Tatbestände des

ÖstStGB §§ 431, 335 sind extensiv, sie umfassen sämtliche Beteiligungsformen. Definiert man die fahrlässige Handlung in verschiedenen Graden und nimmt das Gefahrerfordernis in den Tatbestand auf oder bildet so schlichte Tätigkeitsdelikte mit abstrakter Gefährdung, so scheiden diese beiden Arten als restriktiv aus; die letzteren werden uns bei der zweiten Art der Teilnahmebildung noch begegnen. Was oben über Versuch und folgenlose Fahrlässigkeit gesagt wurde, gilt natürlich auch für die Mitwirkungsformen.

Bei den Fahrlässigkeitsdelikten leidet also die Bildung der Teilnahmeformen durch die Vorstellungen des Täters Schiffbruch; dies ist nur beim Vorsatz möglich, und wer Konsequenz für die höchste Tugend hält, muß tatsächlich auf die Teilnahme überhaupt verzichten und sein Strafrecht gänzlich unter Einschluß der Vorsatzdelikte auf dem extensiven Täterbegriff aufbauen, wie dies Norwegen 1902 und Italien 1930 getan haben.

Auch die Reformliteratur neigt grundsätzlich zu dieser Richtung. Die erste Auflage des Amtlichen Berichtes (Gürtner) hält die Gleichbehandlung aller Mitwirkenden für ein notwendiges Korrelat zum erweiterten Tatbegriff des Unternehmens (diese Notwendigkeit ist nur sehr bedingt anzuerkennen, siehe unten) und für die Manifestierung erhöhter Verantwortlichkeit des einzelnen. Aber dennoch empfindet man einige gefühlsmäßige Abneigung. Der Begriff und Ausdruck der Mitwirkung aus dem Italienischen Strafrecht wird abgelehnt, und auf die terminologische Unterscheidnug der Teilnahmeformen soll im Hinblick auf die Volkstümlichkeit der Gesetzessprache nicht verzichtet werden. Dieses Bedürfnis nach unterscheidender Benennung der Tatbeiträge, die übrigens in der Denkschrift nach objektiv und subjektiv gemischten Kriterien unterschieden werden, sollte eigentlich stark genug sein, um die Frage aufzuwerfen, ob es nicht dem tatsächlichen Vorhandensein objektiver Unterscheidungsmerkmale entspringt. Die zweite Auflage des Amtl. Berichts bemerkt dann unter teilweiser Änderung der Ansichten zu dem Vorschlag der ersten Auflage auf S. 108 ff.: das Ergebnis der ersten Lesung wäre nicht der extensive, sondern der restriktive Täterbegriff gewesen, ersterer führe auch zu Einschränkung der Strafbarkeit, da Kausalität erfordert würde. Das kann wohl nur dahin verstanden werden, daß eine versuchte, folgenlose Teilnahme der strafrechtlichen Erfassung entgehen würde und nicht in der Weise, daß zum Begriff der Teilnahme als solcher nicht die Kausalität gehöre. Diese Folge läßt sich aber durch Gefährdungstatbestände zum mindesten für die Fahrlässigkeit vermeiden. Hier zieht das Gefahrerfordernis die durchaus richtige Grenze zwischen strafbarem und straflosem Tun. Eine nähere Prüfung dieser Schwierigkeiten, die nur beim Vorsatzdelikt Bedeutung haben, können wir hier übergehen. Wir zitieren noch a.a.O. S. 115: „Der fahrlässige Tatbeitrag wird als fahrlässige Täterschaft gewertet" und „Der Kernpunkt des Problems ist die Akzessorietät."

Die praktischen Folgen der extensiven Fahrlässigkeitstatbestände sind im Großen und Ganzen erträglich, immerhin sträubt sich hie und da Sprach- und Rechtsgefühl dagegen, verschiedene fahrlässige Tätigkeiten, besser Erfolgsverursachungen, gemeinsam als Täterschaft zu benennen

und zu bewerten. Auch ist die Kausalität bei Erfolgsdelikten nicht immer geeignet, die Strafbarkeitsgrenze richtig zu ziehen. Hat die fahrlässige Mitwirkungshandlung nur dadurch, daß sie mit der anderen zusammenwirkte, den tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht, so ist eine vorbereitende Handlung einmal strafbar, das anderemal nicht, je nachdem, ob sie im Zusammenhang mit der Tat eines anderen oder allein mit Täterwillen vorgenommen wurde, und dies, obwohl der Täter den Haupterfolg nicht wollte (Fahrlässigkeit!). Dieses Zufallselement kann nur durch Gefährdungstatbestände ausgeschaltet werden. Nicht einmal abstrakt gefährdende Mitwirkungshandlungen aber können nicht in den Kreis fruchtbarer Betrachtungen gezogen werden.

3 a. Da bei der Fahrlässigkeit im Gegensatz zum Vorsatz das Schwergewicht auf dem Erfolg und nicht auf dem Charakter der zum Erfolg führenden Handlung = Kausalität liegt, verlangt die auf verschiedenen Wegen erzielte Verursachung eines tatbestandsmäßigen Erfolges nicht so ungestüm eine verschiedene Behandlung, wie dies bei den Vorsatzdelikten der Fall ist, die eine scharf umrissene Handlung wie: Töten, Verletzen (nicht gleich Tod verursachen!) poenalisieren. Und das hier mit keinen Argumentationen wegzuleugnende Bedürfnis nach Unterscheidung von Tätern und Teilnehmern, das teils inner- teils außerstrafrechtliche Ursachen hat, wirft immer wieder die Frage auf, ob es nicht objektive Trennungsmerkmale dieser Kategorien gibt. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, die Frage zu lösen. Uns kommt es nur darauf an, die fahrlässige Straftat durch alle möglichen Formen der Subjektivierung zu verfolgen; die Bejahung der angedeuteten Frage ist also nur eine Arbeitshypothese.

Wie wäre aber eine objektive Unterscheidbarkeit der Teilnahmeformen, hier natürlich unter Einschluß der bisher als Anstiftung bezeichneten Fälle, möglich? Man kann diese (wohlgemerkt im weiteren Sinne objektiven, d. h. auf Grund neutraler Beobachtung festzustellenden und nicht in Vorstellung des Täters bestehenden) Trennungsmerkmale im objektiven oder im subjektiven Tatbestand suchen. Unterscheidungen nach dem Grad der Schuldschwere sind hierbei unbrauchbar; denn da jede Tat einen Täter nötig hat, würde der Charakter des Tatbeitrags sich danach bestimmen, ob ein anderer eine die des ersten übersteigende Schuldschwere aufweist oder nicht, die Qualifikation aber nicht in der Teilnahmeform selber liegen. Eine zweite Möglichkeit wäre die Abstufung nach der Gefährlichkeit des Täters, aber dieser problematische Begriff führt, wie wir oben sahen, notwendig auf eine objektive Gefährdung, und sei es auch nur eine in Zukunft erwartete, zurück. Es müßte dann untersucht werden, die Schuld welches Mitwirkenden die gefährlichste ist, von welchem am ehesten gleichliegende zukünftige Verstöße gegen die Rechtsordnung zu erwarten sind. Das ist aber sowenig ein geeigneter Einteilungsmaßstab wie die Schuldschwere. Auch die Daten des subjektiven Tatbestandes außerhalb des menschlichen Vorstellungs- und Willenskomplexes können daher nicht mehr als der letztere befriedigende Anhaltspunkte zur Lösung des Teilnahmeproblems bieten. Das ist auch ganz natürlich: das Täterschafts- bzw. Teilnahmeurteil bezieht sich oder sollte sich beziehen auf das Ver-

hältnis mehrerer Tätigkeiten, nicht mehrerer Persönlichkeiten. In Betrachtung dieser Tätigkeiten bzw. Kausalitäten muß das Unterscheidungsmerkmal gefunden werden.

Im objektiven Tatbestand aber ist wieder eine quantitative und eine qualitative Einteilung der Mitwirkungsformen denkbar. Man kann den objektiven Gefährdungsbegriff verwenden; die Tat des Täters gefährdet mehr als die des Teilnehmers. Aber sie tut dies auch wieder nur verhältnismäßig. Zwar nennt man vielfach, auch wenn man sie nach anderen Gesichtspunkten bestimmt, die Haupttat gefährlicher als die Nebentaten, aber die gefährlichste von mehreren deshalb als die Haupttat anzuerkennen, ist nicht empfehlenswert, eben wieder wegen des reinen Relativismus einer solchen Gruppierung. Zudem ist das Gefährlichkeitsurteil ziemlich vage; ist die Haupttat z. B. wirklich immer gefährlicher als die Anstiftung? Gewiß, wenn man nur reine Tätigkeit und Haupterfolg vergleicht, aber nicht, wenn man die Tätigkeit bezüglich ihrer Bedeutung für das Ingangsetzen der Kausalität betrachtet.

Man kann aber auch qualitative Unterschiede in den Handlungen der Mitwirkenden aufweisen, sei es, daß man, wie ein Teil der bisherigen Theorie, Unterschiede in der Tatbestandsmäßigkeit behauptet, sei es, daß man sonstige Unterschiede im Charakter der verschiedenen Kausalitäten geltend macht, auf welcher Basis auch die Einteilung Zimmerls in Veranlassung, Ermöglichung und Unterstützung beruht. Nur diese letzteren Unterscheidungsformen können in den allgemeinen oder besonderen Tatbeständen berücksichtigt werden; nur bei ihnen liegt das entscheidende Kriterium in ihrem eigenen Wesen, die Frage, ob Täterschaft oder Teilnahme, wird nicht auf Grund des zufälligen Vorliegens irgendwelcher Merkmale in den anderen Tatteilen beantwortet, wie dies bei den oben erwähnten Kategorien der Fall ist.

Nehmen wir nun irgend ein Schema objektiver Unterscheidungen an, so taucht sofort die Einteilung in Haupt- und Nebentaten auf und damit das Problem der Akzessorietät. Hier hat Zimmerl darauf hingewiesen, daß die Teilnahmehandlungen an sich rechtlich farblos sind und ihren Verbrechenscharakter erst durch ihre Beziehung zur Haupttat gewinnen. (Reichen eines Messers zum Brotschneiden oder zum Töten). Ist die Haupttat im objektiven System nicht wenigstens rechtswidrig, wenn auch schuldlos, so kann es auch die Teilnahmehandlung nicht sein, diese beschränkt-akzessorische Form ist also das wesensnotwendige Minimum der Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat. Im normativen System erhöht sich diese Abhängigkeit noch; denn in diesem ist die Haupttat nur rechtswidrig, wenn sie zugleich schuldhaft ist, Teilnahme an schuldloser Tat ist als solche nicht faßbar. Sie ist also voll-akzessorisch wie im RStGB. Wenn hierzu der Amtl. Bericht in der 2. Auflage bemerkt, es widerspräche den Grundsätzen des Willensstrafrechts, wenn man die Verantwortlichkeit für eigenes Tun von dem Tun anderer abhängig machen wolle, so stimmt die Voraussetzung dieses Urteils nicht, denn nicht die Verantwortlichkeit gleich Zurechnung ist akzessorisch, sondern das im normativen System mit der Verantwortlichkeit zusammengefaßte Unrecht:

geht aber die Tat das Recht nichts an, so auch nicht die an sich dafür bestehende Verantwortlichkeit, die ja nicht unbedingt eine strafrechtliche zu sein braucht. Es wird auch hier wieder vergessen, daß auch im Normativsystem die Schuld ein logischer Sekundärbegriff ist und dies trotz der behaupteten Identität mit dem Unrecht. Fehlt nun der Haupttat das Merkmal der Rechtswidrigkeit, was ja schon bei bloßer „Schuldlosigkeit" der Fall ist, so rückt die Teilnahmehandlung isoliert unter die rechtliche Betrachtung. Ist sie tatbestandsmäßig mit dem Erfolg der Haupttat zu verbinden (in tatbestandsmäßiger Kausalität und Schuld), so liegt noch Täterschaft vor, was aber bei streng restriktiven Tatbeständen nicht vorkommen kann, andernfalls fällt sie aus dem Bereich des Unrechts heraus; sie bleibt nicht strafbare Teilnahme an nicht strafbarer Tat, die man allerdings auch unter Durchbrechung der Akzessorietät durch eigene Tatbestände als Täterschaft erfassen kann.

Diese besonders im normativen System nicht sehr erfreuliche Konsequenz, entweder Täterstrafe oder Straflosigkeit eintreten lassen zu müssen, welch erstere Alternative allerdings die Verantwortlichkeit für eigenes Tun von dem anderer abhängig machen würde, liegt im Wesen der Teilnahme. Sie wäre nur dadurch zu umgehen, daß man die Herbeiführung zwar nicht rechtswidriger, aber auch nicht rechtlich wertbetonter Erfolge durch den Täter straflos läßt, während man die Beteiligung an ihnen für rechtswidrig erklärt und bestraft. Die Haupttat hätte also gewissermaßen einen doppelten Charakter. Dem Täter ist ihre Setzung erlaubt, für ihn ist sie rechtmäßig; für den Teilnehmer ist sie rechtswidrig, wie sie für ihn als Täter rechtswidrig wäre; folglich ist auch seine Teilnahmehandlung rechtswidrig. Hier läge ein Schluß a fortiori ad minus nahe. Wäre der Teilnehmer als Täter strafbar, so muß er es auch als bloßer Teilnehmer sein, selbst wenn der eigentliche Täter straflos bleibt. Man wäre dann nicht gezwungen, auf ihn die Täterstrafe anzuwenden. Die Fälle regeln sich zwanglos: Teilnahme an der Notwehrhandlung ist strafbar, soweit keine Nothilfe in Betracht kommt, da auch Täterschaft mangels eigener Notlage strafbar wäre. Teilnahme an der Handlung des Unzurechnungsfähigen ist strafbar, da auch Täterschaft (des Teilnehmers!) strafbar wäre. Daß aber eine Handlung überhaupt eine solche doppelte Natur aufweisen kann, sollte nicht zweifelhaft sein: Wer z. B. einen Menschen durch eine Fensterscheibe hindurch erschießt, handelt dem Getöteten gegenüber rechtswidrig, sich selbst als dem Eigentümer der Fensterscheibe gegenüber rechtmäßig. Entsprechend diesem doppelten Werte gegenüber den Verbrechensobjekten ist die gleiche Sachlage gegenüber den Verbrechenssubjekten denkbar. Eine umgekehrte Regelung hat die Praxis bereits bei den Sonderdelikten und im Militärstrafrecht durchgeführt, wo das praktische Bedürfnis eine solche Ausgestaltung der Teilnahmelehre verlangte. Diese ganzen Schwierigkeiten vermindert ein psychologisches System erheblich.

Im normativen System ist die Haupttat ein schuldhaftes Unternehmen (beim Vorsatz) oder eine schuldhafte Gefährdung (bei der Fahrlässigkeit), also nicht ein rein psychologischer Tatbestand wie im Ge-

sinnungsstrafrecht. Dementsprechend ist die Teilnahme nicht schon mit Bewirkung des Willensentschlusses zur Haupttat, sondern erst mit Beginn von deren Ausführung vollendet. Faßt man aber auch den Teilnahmetatbestand nach Art eines Unternehmens, bzw. einer Gefährdung hinsichtlich des Einwirkungserfolges auf die Haupttat, so genügt eine folgenlose Teilnahme vulgo Versuch, um die Strafe auszulösen. Man hätte dann nach dem Wunsche des Amtlichen Berichtes das Kausalitätserfordernis aus der Teilnahme entfernt, den Rahmen der Strafbarkeit aber auch gleichzeitig unsinnig weit gespannt. In konsequenter Verfolgung des subjektiven Grundgedankens werden auch bei dieser Teilnahmebildung alle objektiven Daten durch Vorstellungen ersetzt, insbesondere der Schuldinhalt des Haupttäters durch die Meinung des Teilnehmers über ihn.

3b. Für die Fahrlässigkeitsdelikte ergibt sich nun hieraus das Folgende:

Es wurde oben behauptet, die zum fahrlässigen Erfolg führende Handlung habe für die Teilnahmelehre wie in anderer Beziehung nur Bedeutung als kausal, nicht aber ihrer subjektiven Eigenart nach. Trotzdem können aber im Gegensatz zu der Möglichkeit subjektiver objektive Teilnahmeformen gebildet werden, denn wir unterscheiden letztere mit Hilfe einer Gruppierung der Kausalitätsarten, die auf ihrem Verhältnis untereinander und zum Erfolg beruht, und zu deren Trennung wir als Hilfsmittel die grundsätzliche scharfe Bezeichnung der fahrlässigen Handlung wählen. Der Vorwurf eines Widerspruchs kann hier nicht erhoben werden; die Interessenrichtung oder der animus ist für die Teilnahme kein Unterscheidungsmerkmal, nicht die Beziehung zum Täter, wohl aber die verschiedenartige zum Erfolg, ist maßgebend. Auf objektiver Seite ist der Erfolg durch die Kausalität mit der Handlung verknüpft, auf subjektiver Seite ist dies bei der Fahrlässigkeit nicht möglich, aus diesem Grunde können objektive, aber nicht subjektive Teilnahmeformen unterschieden werden. Die Reichweite der Tätervorstellungen ist vor dem Erfolg zu Ende, dieser liegt jenseitig und völlig oder teilweise unberührt davon, während die objektive Kausalkette bis zum Erfolge durchläuft.

Wir setzen bei unseren Erörterungen zur Tatbestandsbildung voraus, daß die Fassung des Tatbestandes authentische Auskunft über die Wahl des zugrundeliegenden Täter- und Teilnahmebegriffs geben soll. Wer das ablehnt, kann die Tatbestände fassen wie er will; aber es wird durch keine noch so komplizierte Untersuchung gelingen, die „eigentliche" Grundlage des Systems ans Tageslicht zu bringen. Das RStGB ist ein warnendes Beispiel.

Die Hauptbedeutung des Willens- und Vorstellungsmomentes bezüglich einer Subjektivierung der Teilnahmeformen kann bei der Fahrlässigkeit wiederum nicht zur Wirksamkeit gelangen. Betrachten wir zunächst den Fall, daß vorsätzliche mit fahrlässigen Beteiligungsformen zusammentreffen. Allgemein darf man dann keine extensiven Tatbestände, weder für die fahrlässigen, noch für die vorsätzlichen Straftaten aufstellen, sondern muß sie so eng fassen, daß beim Fahrlässigkeitsdelikt z. B. die Art

der fahrlässigen Handlung möglichst genau bestimmt ist, also etwa so: „Wer mit offenem Licht hantiert und dadurch fahrlässig eine Brandgefahr verursacht (Handlungsdelikt mit konkretem Gefahrerfordernis), wird bestraft“, und im Allgemeinen Teil Sondervorschriften über die Teilnahme aufstellen. Bezüglich der Strafbarkeitsgrenze stimmt ein solches System völlig mit dem überein, das extensive Tatbestände unter Verzicht auf Teilnahmevorschriften verwendet, nur tritt bei jenen im Gegensatz zu diesen eine Stufung der Strafhöhe für die verschiedenen Kausalitäten ein. Täter ist bei diesem restriktiven Täterbegriff nur der, der die unmittelbare tatbestandsmäßige Ausführungshandlung setzt; sonstige Kausalitäten zu erfassen, ist Sache der Teilnahmevorschriften. Im Gegensatz zu der oben besprochenen Subjektivierungsmethode unter Negierung objektiver Unterscheidungsmöglichkeiten ist es daher hier nicht empfehlenswert, weite Tatbestände zu bilden und mit Hilfe von Generalklauseln Strafeinschränkungsgründe in Gestalt von Teilnahmevorschriften aufzustellen; denn gibt es dabei für ein Delikt je einen Tatbestand mit Vorsatz und einen mit Fahrlässigkeit, so muß zur Vermeidung von Verwirrungen der letztere restriktiv gestaltet sein, denn sonst nimmt er die fahrlässige Teilnahme an dem vorsätzlichen Delikt als selbständige Täterschaft in Anspruch, wie dies das Reichsgericht für das heutige Strafrecht in den Fällen der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen Körperverletzung auch annimmt, was aber mangels Vorschriften über fahrlässige Teilnahme nicht zu Konflikten führt.

Ist nach objektiver Beurteilung der vorsätzliche Beitrag die Haupttat, zu der eine fahrlässige Unterstützung, Veranlassung oder Ermöglichung hinzutritt, (wir wählen hier beispielsweise die Einteilung Zimmerls), so ist dieser Fall, dem die herrschende Lehre ratlos gegenüber steht oder nur für einen bzw. bei entsprechenden Tatbeständen für beide zur Täterschaft machen muß, ohne Schwierigkeiten zu lösen, während die bisherige Theorie nicht mit Teilnahmebegriffen operieren kann. Verursacht ein Jäger durch fahrlässiges Hängenlassen eines Gewehrs ein Tötungsunternehmen eines anderen, so ist damit die fahrlässige Teilnahme, die wir objektiv bestimmen können und müssen (Hängenlassen des Gewehrs ist kein „Töten“), vollendet und als geringeres materielles Unrecht und damit im Normativsystem zugleich mit geringerer Schuld milder als die Täterschaft zu bestrafen, und das richtiger Bewertung nach obligatorisch und nicht nur nach Belieben im Strafrahmen.

Ist umgekehrt die fahrlässige Tat als die Haupttat anzusehen, zu der eine vorsätzliche Teilnahmeform hinzutritt (ist diese Veranlassung, so liegt ein Fall mittelbarer Täterschaft im heutigen Sinne vor), so ist die Lösung analog: die Haupttat enthält zugleich mit der geringeren Schuld den geringeren Verstoß gegen den rechtlichen Imperativ, den geringeren Grad materiellen Unrechts. Bei der Teilnahmehandlung ist es umgekehrt, hier ist das Unrecht wegen des den Enderfolg umfassenden Vorsatzes stärker. Es steht nichts im Wege, vorsätzliche Teilnahme an fahrlässiger Tat in ihrer Eigenschaft als Teilnahme stärker zu bestrafen, und zwar wieder obligatorisch, als die Haupttat. Wir hatten es oben schon abgelehnt, die

Schuldschwere zur Begriffsbildung in der Teilnahmelehre zu verwenden; es ist aber ein Irrtum zu glauben, daß die Teilnahme aus innerer Notwendigkeit eben nur wegen ihres Charakters milder zu bestrafen sei, als die Haupttat (vgl. hierzu das StGB). Auch hier muß wieder darauf geachtet werden, daß die zu weite Fassung der Vorsatzdelikte die vorsätzliche Beteiligung am fahrlässigen Tatbestand nicht als eigene Täterschaft erfaßt. Die Strafhöhe steht richtiger Wertung nach zwischen der Täterstrafe des fahrlässigen Hauptdelikts und der eines etwa vorsätzlichen Tatbestandes bezüglich desselben Erfolges.

Wählt man schlichte Tätigkeits- als abstrakte Gefährdungsdelikte: „Wer mit offenem Licht Räume mit leicht brennbaren Gegenständen betritt, wird bestraft", so gibt es formell nur Vorsatzdelikte; es wurde schon auf die Schwierigkeit hingewiesen, die Schuldform dieser Verbrechen zu bestimmen und vor allem aber zu entscheiden, wie ihre systematische Stellung und wie insbesondere die Teilnahme an ihnen geregelt werden soll. Behandelt man sie als formelle Vorsatz- und materielle Fahrlässigkeitsdelikte, so muß auch die Teilnahme formell vorsätzlich und materiell fahrlässig gestaltet sein, denn sonst würde die Anerkennung einer auch im formellen Sinne fahrlässigen Teilnahme an ihnen zu einer unsinnigen Überspannung des Gefährdungsgedankens führen. Da eine abstrakte Eignung der Haupthandlung zur Gefahrherbeiführung genügt und vermutet wird, so würde die fahrlässige Beteiligung an dieser Tätigkeit zur Bestrafung letzten Endes jeder menschlichen Regung führen, denn je weiter zurück man in der Kausalität der Handlungen geht, die zu dem abstrakt gefährdenden tatbestandsmäßigen Verbrechen führen, desto farbloser und immer mehr dem Alltagsleben angehörender werden diese.

Behandelt man sie unter gänzlicher Ausscheidung des Fahrlässigkeitsbegriffes aus dem System als reine Vorsatzdelikte, so kann man konsequent auch nur vorsätzliche Beteiligung an ihnen anerkennen. Aber wie weit muß dann der Vorsatz reichen? Muß, bzw. darf er auch den hinter dem Tatbestand liegenden Erfolg umfassen, oder genügt die Kenntnis der Handlung des Täters? Letzteres ist wohl entsprechend wie bei der Haupttat der Fall. Wie aber, wenn der Vorsatz tatsächlich weiter reicht? Es gilt hier dasselbe wie oben in entsprechender Anwendung.

Es ist natürlich eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob man fahrlässige Teilnahmeformen zu allen Vorsatzdelikten, und ob man überhaupt nur die schwereren Formen der fahrlässigen Mitwirkung als strafwürdig anerkennen und dementsprechende Tatbestände aufstellen will.

3c. Wir kommen nun zu der Kombination mehrerer fahrlässiger Tatbeiträge. Wenn wir hier einen möglichst restriktiven Tatbestand mit möglichst genauer Fixierung der fahrlässigen Handlung aufstellen, so können wir fahrlässige Haupt- und Nebentaten unterscheiden, wozu Tatbestände in der Art der österreichischen noch viel zu weit gefaßt sind; die außertatbestandsmäßigen Kausalitäten sind dann Beteiligungsformen. Auch bei Zimmerls Einteilung wird es sich meist um Tätigkeiten außerhalb des Tatbestandsbereichs handeln, insofern berühren sich formelle und

materielle Einteilungsgründe. Hier kommt man dann auch in Einklang mit der sog. Vorverlegung der Strafbarkeit; die ist ebenfalls am besten dadurch erreichbar, daß man von der Gefährdung immer mehr abstrahiert und die fahrlässige Handlung immer genauer bezeichnet, und es ist für das Fahrlässigkeitsdelikt ein Irrtum, den extensiven Täterbegriff für ein Korrelat dieser Vorverlegung zu halten, welche Behauptung an dieser Stelle endlich widerlegt werden kann, denn die extensiven Tatbestände müssen gerade umgekehrt vom Charakter der fahrlässigen Handlung absehen und mindestens einen abstrakten bzw. konkreten Gefährdungserfolg aufnehmen, was die restriktiven nicht nötig haben, obwohl es aus den dargelegten Gründen ratsam ist, nicht darauf zu verzichten und keine reinen Tätigkeitsdelikte zu bilden, die die Schuldform verschleiern. Anders beim Vorsatz: hier ist der extensive Tatbestand (Unternehmen) derjenige, der am weitesten vom Erfolg abstrahiert.

Die Qualifikation als Veranlassung, Unterstützung oder Ermöglichung oder als außertatbestandsmäßige Kausalität oder sonstwie kann bei geringerer Strafwürdigkeit des entsprechenden fahrlässigen Tatbeitrages geringeren Strafhöhen unterstellt werden. In der Regel wird wegen geringerer Erfolgswahrscheinlichkeit geringere Schuld und damit geringeres Unrecht vorliegen. Bezüglich der Mit- und Nebentäterschaft gelangen wir hier zum gleichen Ergebnis wie bei der zuerst besprochenen Form der Teilnahmebildung. Auch wenn wir die objektive Unterscheidbarkeit von Mittäter und sonstigem Teilnehmer an Hand des Tatbestandes zugeben — Fälle gleichwertiger und täterschaftlich zu nennender Kausalitäten sind auch bei fahrlässigen Tatbeiträgen denkbar und feststellbar —, so ist doch nur die Form der Nebentäterschaft, nicht die der eigentlichen Mittäterschaft haltbar und zwar aus den schon oben dargelegten Gründen. Jeder Täter wird nach dem Maße der Kausalität seiner Handlung und seiner Schuld bestraft. Das ist kein freiwilliger Verzicht auf Subjektivierung der Teilnahme, sondern nur eine aus der Einsicht in ihre Grenzen gezogene Folgerung.

Zusammen mit dem schon Ausgeführten ergibt sich daraus folgender Satz: die Subjektivierung der Teilnahme ist bei der fahrlässigen Straftat überhaupt nicht möglich und zwar sowohl, wenn man die objektive Unterscheidbarkeit der Teilnahmeformen leugnet — denn sie kennt weder einen als entscheidend anzuerkennenden animus auctoris, noch kann es echte Mittäterschaft geben — als auch, wenn man die objektive Unterscheidbarkeit bejaht — denn Irrtümer über Tatsachen, die nicht einmal den Schuldinhalt bilden, können nicht vorkommen, noch kann sich die Schuld auf von anderen erzielte Erfolge erstrecken. Im ersten Fall bleibt nur der extensiv gefaßte Täterbegriff, im zweiten nur die Unterscheidung der Teilnahmeformen kraft rein objektiver Bestimmnug übrig.

Zum Schluß noch ein Wort über die Fälle, wo ein fahrlässiger und ein rechtlich irrelevanter, also im normativen System schuldloser Tatbeitrag zusammentreffen. Bei extensivem Tatbestand ist nichts weiter zu bemerken, der fahrlässig Handelnde ist Täter; bei restriktivem muß wieder die objektive Diagnose einsetzen. Ist hier die nicht rechtswidrige Tat als

Haupttat anzusehen (wegen allein tatbestandsmäßiger Kausalität z. B. oder nach dem Zimmerlschen Schema), so fällt die fahrlässige Teilnahmehandlung, wie oben beim Vorsatz bereits behandelt, in den rechtsleeren Raum. Als solche ist sie wegen der notwendigen Akzessorietät nicht strafbar, als Täterhandlung fällt sie nicht unter den Tatbestand. Will man diese Fälle erfassen, so muß man so verfahren, wie dies schon oben erläutert wurde; man wird auch bei der Fahrlässigkeit diese Teilnahmeformen nicht alle der Täterstrafe unterstellen.

Die Auffassung des Amtlichen Berichtes zu diesen Fragen wurde schon oben dargelegt. Beim Vorsatz werden aus Gründen der Popularität überflüssigerweise Teilnahmeformen anerkannt, die eine Art fakultativer Strafmilderungsgründe abgeben, bei der Fahrlässigkeit wird darauf verzichtet. Seine Stellung zum Akzessorietätsproblem wird am besten im Dritten Teil behandelt.

III. Teil A. I a. Obwohl ein Strafrechtssystem auf psychologischer Grundlage die Rechtswidrigkeit wie ein Normativsystem subjektiviert, oder besser gesagt, ihren Schwerpunkt ins Subjektive verschiebt, so kennt es doch, wie hier des Zusammenhangs wegen wiederholt sein mag, eine Zerfällung des Unrechts in eine objektive und eine subjektive Seite, wie dies auch beim objektiven System der Fall ist. Objektiv rechtswidrig ist im psychologischen System beim Vorsatzdelikt die mit natürlichem Bewußtsein vollzogene, einen Verbrechenstatbestand ausfüllende Handlung, subjektiv rechtswidrig, also schuldhaft, ist diese Handlung nur, wenn sie einem Menschen strafrechtlich zugerechnet, vorgeworfen werden kann. Ein solches System ist nicht auf dem Boden der Imperativentheorie denkbar; Rechtsbefehle an allgemein oder im einzelnen Falle Schuldunfähige, deren entgegenstehendes Tun infolgedessen Unrecht darstellen soll, sind nicht möglich. Die Natur des Rechts muß auch hier die einer objektiven Bewertungsnorm sein, es wird nichts befohlen, sondern nur ein mißbilligendes Urteil über eine Handlung abgegeben: „Dies sollte nicht so sein". Ein Normenadressat ist nicht vorhanden, eine Pflicht zum Unterlassen nur objektiv rechtswidriger und nicht strafbarer Handlungen besteht nicht. Auch die Erfassung solcher Taten durch ein Sicherungsrecht stellt eine solche Unterlassungspflicht nicht auf. Man schützt sich durch Dämme gegen Hochwasser; trotzdem wird niemand eine Verpflichtung der Natur zur Unterlassung von Beschädigungen annehmen. Nicht anders aber sind schuldlos handelnde Menschen zu betrachten.

Die objektive Seite des Unrechts besteht im psychologischen System also aus zwei Elementen: einem wiederum „objektiven", der Zustandsveränderung in der Außenwelt, und einem „subjektiven", der positiven oder negativen psychischen Relation zwischen Tat und Täter oder, in Anlehnung an die Tatschuldformen ausgedrückt, Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit. Das ist mehr, als der Unrechtsbegriff des objektiven Systems verlangt. Bei Verzicht auf einen Normenadressaten genügt es hier, wenn eine menschliche Handlung vorliegt, wobei die psychische Beziehung zur Tat

nur soweit herangezogen wird, als sie zur Abgrenzung des Handlungsbegriffes gegenüber sonstigen Ereignissen erforderlich ist, für welchen Begriff es nach herrschender Ansicht genügt, daß etwas gewollt wird, nicht aber von Bedeutung ist, welchen Inhalt dieses Wollen hat. Danach gehört wohl der Vorsatz zum Handlungsbegriff, nicht aber eine schuldlose Fahrlässigkeit. Infolgedessen ist das Unrecht der Vorsatzdelikte im psychologischen System identisch mit dem objektiver Systeme, nicht aber das der Fahrlässigkeitsdelikte. Bildet man den Begriff der Rechtswidrigkeit vom Standpunkt des Erduldenden aus, — rechtswidrig ist alles, was man nicht zu dulden braucht —, so können auch tierische Betätigungen und Naturereignisse im objektiven System rechtswidrig sein. Diese Erweiterung ist aber nicht empfehlenswert und im psychologischen System wegen der engen Verbindung des Unrechtsbegriffes mit dem subjektiven Tatbestand, also mit menschlichem Seelenleben, auch nicht durchführbar.

Bekanntlich wäre für die ältere Schuldlehre mit der Rechtswidrigkeit im Sinne des psychologischen Systems auch gleichzeitig die Schuldhaftigkeit einer solchen Handlung bewiesen. Aus der Vorsatzdefinition des Reichsgerichts: schuldhaft handelt, wer wissentlich den objektiven Tatbestand verwirklicht, ergibt sich auch heute noch diese Auffassung. Inzwischen hat aber die Theorie den vorsätzlichen Schuldbegriff auf Kosten des eigentlichen Vorsatzes bedeutend erweitert: aus der „Schuld" schlechthin ist eine bloße „Schuldform" geworden, Schuld ist allein ihrem Wesen nach kein Tatbestand mehr, sondern ein Urteil. Wir wählen als Beispiel für diese Einschränkung des Vorsatzbegriffes die moderne und einflußreiche Mezgersche Darstellung. Danach ist zur Bejahung der Schuldfrage erforderlich: 1. Zurechnungsfähigkeit, 2. Vorsatz im psychologischen Sinne (der dem Schuldurteil zugrundeliegende Tatbestand und der einzige Schuldbestandteil nach der psychologischen Schuldauffassung), 3. Fehlen besonderer Schuldausschließungsgründe. Wir sehen, daß der jede beliebige menschliche Handlung begleitende Vorsatz nicht allein dadurch zum strafrechtlich schuldhaften wird, daß er im Sonderfall die Verwirklichung eines objektiven Verbrechenstatbestandes begleitet. Der Vorsatz ist also nichts als eines der Elemente, aus denen die Schuld besteht. Scheinen nun Punkt 1 und 2 der Mezgerschen Definition hinreichend bestimmbar, so ist Punkt 3 der Verlegenheitsausdruck für ein unbekanntes Schuldelement. Der Inhalt dieses Satzes läßt sich auf die Feststellung reduzieren: „Schuld liegt vor, wenn sie nicht ausgeschlossen ist", damit ist aber nichts anzufangen. Andre Versuche, den Schleier des Geheimnisses zu lüften, sind zahlreich gemacht worden, es sei nur an das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und die Bemühungen um die Persönlichkeitsadäquanz der Tat erinnert (S. auch Zimmerl, Aufbau). Wir wollen diese Frage aber hier beiseite lassen. Uns genügt die Feststellung, daß der Vorsatz nicht die ganze Schuld ausmacht.

b. Diese Reduzierung des Vorsatzbegriffes ist nun merkwürdigerweise nicht in gleicher Art und Konseqenuz für die Fahrlässigkeit durchgeführt worden, und doch ist sie durchaus möglich und im Interesse dogmatischer Klärung sogar wünschenswert.

Um einen Tatbestand zum Anlaß einer Bestrafung des Täters wegen fahrlässiger Verwirklichung zu nehmen, müssen auf der subjektiven Seite folgende Erfordernisse vorliegen:

Der Täter muß erstens zurechnungsfähig sein. Die Definitionen dieses Begriffes von der „strafrechtlichen Handlungsfähigkeit" bis zur „normalen Motivierbarkeit durch Strafe" sind leider nicht feststehend; immerhin läßt sich daraus erkennen, worum es sich im Wesentlichen handelt, nämlich, daß der Täter ein Mindestbewußtsein von seiner sozialen Bedingtheit und seinen sozialen Verpflichtungen besitzen muß. Die Strafe erfaßt den Menchen als Gemeinschaftswesen, knüpft an ein Heraustreten aus dieser Gemeinschaft an und will ihn wieder dahin zurückführen. Pathologischer Individualismus dauernder oder vorübergehender Natur unterliegt einer solchen Betrachtung nicht. Des weiteren muß die Tat fahrlässig gesetzt sein. Wir sahen oben bei Betrachtung der sog. reinen fahrlässigen Handlung, daß Hold-Ferneck mit seiner Behauptung von dem fahrlässigen Charakter fast jeden menschlichen Tuns recht hat. Es ist in der Tat möglich, eine objektive Berechnung dahingehend anzustellen, welche Erfolge aus einer Tätigkeit, die nicht Inhalt der diese begleitenden Vorstellungen bilden, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. Damit ist die Bewertung dieser Handlungen als fahrlässig denkbar, es genügt, wie oben nachgewiesen, die generelle Gefährdungswahrscheinlichkeit und die Nichtvoraussicht dieser Gefährdung. Treten aber die voraussehbaren Erfolge ein, so sind sie fahrlässig verursacht, womit noch nicht gesagt ist, daß ein solcher Erfolg rechtlich mißbilligt wird und dementsprechend einen Tatbestand des Strafrechts bildet, und noch weniger, daß die Herbeiführung dieses fahrlässigen Erfolges schuldhaft ist. Dies letztere ist nur dann der Fall, wenn die fehlende Beziehung des Täters zur Tat — genauer zum Erfolg, denn die fahrlässige Handlung ist irrelevant oder zur schuldhaft vorsätzlichen gemacht — sein Mangel an Voraussicht, kraft deren Vorliegens er die schädlichen Folgen hätte erkennen und vermeiden können, dem Täter zum Vorwurf gemacht werden kann. Dazu gehört aber außer der abstrakten Tatbestandsverwirklichung noch die schon erwähnte Zurechnungsfähigkeit sowie endlich und drittens das Fehlen besonderer Schuldausschließungsgründe oder, positiv ausgedrückt, das Vorhandensein der sog. motivatorischen Schuldbestandteile im Sinne Mezgers, die im Wesentlichen auf dem Gedanken der Zumutbarkeit des Andershandelns aufgebaut sind, und die beim Fahrlässigkeits- anders als beim Vorsatzdelikt abgegrenzt werden. Bei letzterem sind sie im Regelfalle gegeben und nur beim Vorliegen besonderer Umstände ausgeschlossen, während zur Beantwortung der Fahrlässigkeitsfrage immer eine genaue Untersuchung des Einzelfalles vonnöten ist. Am deutlichsten ist dies alles bei der fahrlässigen Handlung, die unter besonderen Umständen schuldausschließender Natur vorgenommen wird; die bleibt fahrlässig, wenn sie auch den Schuldcharakter verliert, und es ist bemerkenswert, daß aus dieser Erscheinung nie Folgerungen gezogen wurden.

Daß das „Voraussehen-Müssen" des schädlichen Erfolges kein besonderer wesentlicher Bestandteil des Fahrlässigkeitsbegriffes als solchen ist,

zeigt sich darin, daß dieses Element nichts anderes darstellt, als das „Vermeiden-Müssen" des Erfolges beim Vorsatzdelikt, welches Urteil ebenfalls nicht Bestandteil des Vorsatzbegriffes bildet, sondern diesen nur mit dem Schuldvorwurf belastet. Die Aufforderung zur Sorgfalt geschieht aber gleichfalls nur um des Vermeidens des fahrlässigen Erfolges willen. Nur kann diese Aufforderung nicht direkt gestellt werden, weil man Dinge, die man vermeiden soll, zuvor kennen muß.

Der rechtlich gleichgültige Vorsatz und die rechtlich gleichgültige Fahrlässigkeit einer menschlichen Handlung (Reflexe und Tierhandlungen scheiden aus) werden also im psychologischen System unter die rechtliche Betrachtung gerückt, sobald die vorsätzliche Seite der Handlung — die Tätigkeit als solche einschließlich des Erfolges, soweit er vom Vorsatz erfaßt ist — oder die fahrlässige — der jenseits des Vorsatzes liegende Erfolg — in einem Tatbestand niedergelegt ist. Damit ist die Sphäre des Unrechts betreten, die Handlung ist rechtswidrig geworden. Ist dazu noch der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit vorwerfbar, so ist die Tat schuldhaft verursacht, Recht und Pflicht des Staates zur Strafe sind entstanden.

II. Die herrschende Lehre von der Fahrlässigkeit steht auf einem durchaus anderen Standpunkt. Der bisherige Fahrlässigkeitsbegriff enthält zusammenfassend Punkt 1, 2 und 3 der Mezgerschen Schuldanalyse, indem das Moment der Vorwerfbarkeit, das in Punkt 1 seine Voraussetzung, in Punkt 3 seinen unbekannten Inhalt hat, in das Wesen der Fahrlässigkeit einbezogen wird. Ihr bedeutet die Bejahung der Fahrlässigkeit immer die Bejahung der gesamten Schuldfrage. Fahrlässig kann nur handeln, wer zugleich zurechnungsfähig ist und vorwerfbar handelt, die charakterologischen und motivatorischen Schuldbestandteile stecken im Fahrlässigkeitsbegriff und sind nicht aus ihm zu entfernen, ohne daß dieser gegenstandslos wird. Der Grund für diese Identifizierung von schuldhafter und schuldloser Fahrlässigkeit dürfte in dem den Vorsatzdelikten gegenüber überwiegend normativen Charakter dieser Schuldform zu suchen sein. Der psychologische Schuldbestandteil oder -tatbestand ist ein Negativum. War die Bewertung als Schuld nicht möglich, so blieb nichts Greifbares an psychologicis im Sinne eines Tatbestandes übrig. Während beim Vorsatz das Vorliegen eines scharf umrissenen Vorstellungs- oder Willensinhaltes auch beim Unzurechnungsfähigen oder im Notstand Handelnden auf die Dauer nicht übersehen werden konnte, aus welcher Tatsache der Schluß auf die keineswegs ausschließliche Bedeutung des Vorsatzes für die Schuldfrage gezogen wurde, war das Negativum der Fahrlässigkeit, eben das Fehlen solcher Inhalte in Bezug auf einen über die reine Tätigkeit hinausreichenden Erfolg nur recht deutlich bei der schuldhaften Form dieses Fehlens, bei der Nichtvoraussicht kraft Sorgfaltsverletzung. Es liegt ja ganz allgemein so, daß das Vorhandensein eines Tatbestandes, an dessen Feststellung kein Interesse besteht, in der Geschichte der Erkenntnis zwar etwas auf sich warten läßt, aber schließlich doch erfolgt, während das Fehlen einer Tatsache nicht eher bemerkt zu werden pflegt, als eben dieses Fehlen irgendwann und irgendwo einmal als Mangel

fühlbar wird. Ganz ähnlich wurde die Fahrlässigkeit einer Handlung erst entdeckt, als sie zu strafwürdigen Erfolgen führte. Um einzelne besonders prägnante Tatbestände strafen zu können, war die Anerkennung dieser Schuldform nötig. Glaubte man aber hier wieder im Einzelfall aus Gründen, die im subjektiven Tatbestand lagen, nicht strafen zu können, so fiel der gleichwohl vorhandene fahrlässige Charakter der Tat nicht auf; man übersah ihn völlig, da die Tat ohnehin das Strafrecht nichts anging, weil eine Bewertung als schuldhaft nicht möglich war und deshalb eine zur Strafbarkeit führende Ausscheidung der Erfolge aus dem Kreis der „Zufälle" nicht erfolgen konnte. (Trotzdem können nach dem oben Gesagten auch in einem reinen Erfolgsstrafrecht „vorsätzliche" und „fahrlässige" Taten unterschieden werden, — nur unterliegen sie nicht dem Schuldurteil). Der psychologische Vorsatz als positiver Tatbestand aber war auf die Dauer nicht zu übersehen, obwohl auch er in Fällen der Schuldlosigkeit nicht unmittelbar das Strafrecht interessierte.

Es liegen hier gewisse Parallelen zum Unterlassungsverbrechen vor. Jede menschliche Handlung „verursacht" irgend etwas dadurch, daß an ihrer Stelle nichts anderes getan und somit in ablaufende Kausalreihen nicht eingegriffen wird. Aber auch diese Handlungen kümmern niemand. Nur die Unterlassungen, die gegen eine stark empfundene Verpflichtung zum Handeln verstoßen, werden in Betracht gezogen, und die ganze Kategorie wurde nur an Hand solcher Fälle aufgestellt. Ihre Strafbarkeit ergab sich aber (wenigstens bisher) erst dann, wenn die Verpflichtung auf einen Befehl des R e c h t s zurückgeführt werden konnte. Erst heute ist dies anders geworden.

B. Die doppelte Natur der Rechtswidrigkeit im psychologischen Strafrechtssystem gleicht die Ausgestaltung dieses Systems mehr der eines objektiven als der des normativen an, wenn wir einmal von der bei der Fahrlässigkeit nicht möglichen Subjektivierung durch Vorstellungen absehen; besonders wird dadurch der Einbau eines Sicherungsrechtes erleichtert, das aber nur für Vorsatzdelikte in Frage kommt. Für die fahrlässige Straftat ergeben sich einige Abweichungen vom Normativsystem, die behandelt werden können, ohne noch einmal auf die bereits besprochenen und für beide Systeme gleichen Grundlagen zurückgreifen zu müssen.

Über den Tatbestand oder die Tatbestandsbildung ist nichts Besonderes zu bemerken. Tatbestände sagen in der Regel nichts über den dem vorliegenden System zugrundeliegenden Begriff des Unrechts oder der Schuld aus. Und selbst da, wo die tatbestandsmäßige Fixierung und Definition der erwähnten Grundlagen den meisten Sinn hätte, nämlich bei den Notwehr- und Notstandsbestimmungen, drückt man sich in der Regel vorsichtig aus, indem man vom „nichtstrafbaren Handeln" spricht, wie das auch wieder der Amtliche Bericht vorschlägt. Gerade hier liegt aber die Hauptstärke des psychologischen Systems. Hier kann nämlich der ganze im objektiven System ausgearbeitete Aufbau des Notwehr- und Notstandsbegriffes übernommen werden, ohne doch gleichzeitig den für eine Subjektivierung nicht brauchbaren Unrechtsbegriff des objektiven Systems in

Kauf nehmen zu müssen. Schuldüberschüsse kann man, wie schon bemerkt, nur bestrafen, wenn man das Unrecht mit seinem Schwerpunkt in den subjektiven Tatbestand verlegt. Wie im objektiven System ist dann z. B. der Angriff eines Geisteskranken, nicht dagegen Tierangriffe, weil keine menschlichen Handlungen, als rechtswidrig erfaßbar. Auch die beliebte Konstruktion der „Notrechte“ und der „Güterkollision“ kann beibehalten werden.

Die Trennung von Unrechts- und Schuldausschließungsgründen erfolgt ebenfalls wie in einem objektiven System, die fahrlässige Straftat in den besprochenen Fällen von Notwehr bzw. Notstand ist folgerichtig ebenfalls strafbar zu lassen, da die objektive Erfolgsbewertung das Unrechtsurteil nur im rein objektiven System ohne Rücksicht auf den Willens- und Vorstellungsinhalt des Täters fällen wird. Es gilt hier das oben Gesagte entsprechend. Vom streng dogmatischen Standpunkt aus gesehen, ist allerdings das psychologische System eine Halbheit, es macht in der Subjektivierung des Unrechts auf halbem Wege halt. Ein Zwang, die Folgerungen des Normativsystems zu ziehen, ergibt sich jedoch daraus in keiner Weise.

Die wichtigsten Unterschiede gegenüber dem Normativsystem sind dabei in der Teilnahmelehre zu verzeichnen. Zunächst vermindert sich das Maß der Akzessorietät für den, der objektiv unterscheidbare Teilnahmeformen anerkennt. Wir sahen, daß wir keine echte Teilnahme bestrafen können, wenn nicht die Haupttat mindestens als Unrecht bezeichnet werden kann. Im normativen System war nur die schuldhafte Tat Unrecht. War sie schuldlos, so rückte die sog. „Teilnahme“ unter die täterschaftliche Betrachtung und fiel entweder für das Strafrecht aus oder war als solche nur unter Anerkennung eines relativen Rechtswidrigkeitsbegriffs haltbar. Anders im psychologischen System; hier ist die Akzessorietät in der Weise gemindert, daß zur Anerkennung der strafbaren Teilnahme eine mit schuldlosem Vorsatz oder mit schuldloser Fahrlässigkeit gesetzte Haupttat genügt. Die Haupttat scheidet erst dann aus der rechtlichen Betrachtung aus, wenn sie nicht einmal einen Vorsatz (dann wird sie aber überhaupt keine Handlung mehr und daher deshalb schon rechtlich bedeutungslos sein) oder eine Fahrlässigkeit in dem oben besprochenen allgemeinen Sinne enthält. Die Wahl dieser Grundlage erleichtert erheblich den Aufbau der Teilnahmevorschriften, insofern das Dilemma zwischen Täterstrafe oder Straflosigkeit in Betracht kommt. Begriffe zur Ausfüllung von Lücken, wie die mittelbare Täterschaft, sind durchaus entbehrlich oder wenigstens stark einschränkbar. Dasselbe gilt für die oben erwähnten Schwierigkeiten, die desto stärker hervortreten, je größer der Grad der Akzessorietät der Teilnahme ist.

In diesem Fahrwasser des psychologischen Systems bewegt sich für die Teilnahme unausgesprochen auch der Amtliche Bericht der Strafrechtskommission, der für eine sog. minimal-akzessorische Form der Teilnahme eintritt. Eine abstrakte Tatbestandsverwirklichung soll nach dem Wunsche der Anhänger subjektiver Rechtswidrigkeit gleich Pflichtwidrigkeit genügen, um als Haupttat zu fungieren und daher selbständig strafbare

Teilnahme annehmen zu können. Das ist in dieser Form ausgesprochen, um damit der voll-akzessorischen Konsequenz ihres allgemeinen Rechtswidrigkeitsbegriffs auszuweichen, aber auch ein klarer systematischer Fehler. Wie kann man jemand wegen Beteiligung an einem Verbrechen bestrafen, das gar keins ist? Es braucht nicht gerade strafbar für den Haupttäter zu sein, wohl aber muß es Unrecht enthalten. Ob man den angeblichen Teilnehmer mit Hilfe von Sondervorschriften unter Umständen als Täter bestrafen kann, ist eine Frage für sich und gehört nicht hierher. In Wirklichkeit liegt auch hier ein relativer Verbrechensbegriff zugrunde. Die „abstrakte Tatbestandsverwirklichung" ist für den Teilnehmer ein Verbrechen, für den Täter nicht. Erkennt man aber selbständige Teilnahmeformen in diesen Fällen an, so findet auch die mittelbare Täterschaft ihr Ende.

Hieraus ergibt sich, daß alle beschränkt-akzessorischen Formen der objektiv unterscheidbaren Teilnahme und auch die dem psychologischen System entsprechenden die Konsequenz haben, daß sie unter Umständen die Teilnehmer an einem Verbrechen als solche für strafbar erklären, während sie den eigentlichen Täter straflos lassen müssen. Aus der grundlosen Abneigung gegen diese Folgerung resultiert wohl die streng akzessorische Form der Teilnahme im noch geltenden Strafrecht und die Erfassung der obigen Fälle als mittelbare Täterschaft.

Nachweise.

zu S. 2: Liszt, S. 1 ff.
S. 6: Liszt, S. 184.
S. 7: Liszt, S. 18, 19, Anm. 13 (magna charta)
S. 8: Amtl. Bericht I S. 12 ff.
S. 9: Zimmerl, S. 169, Amtl. Bericht I S 14, 17
S. 9: Hold-Ferneck, Rechtsw. S. 94, 276, Bierling S. 30
S. 10: Ger. Saal 89, 244, Mezger Z. 55, S. 1 ff.
S. 11: Amtl. Bericht I S. 56 ff.
S. 12: Amtl. Bericht I S. 90 ff., Hold-Ferneck, Notwehr usw. S. 128.
S. 13: Frank, § 59 Anm. 5, Mezger, S. 341.
S. 13: Amtl. Bericht II 2. Aufl. S. 379, 394.
S. 15: Liszt, S. 186 12 ff.
S. 15, 16: Hold-Ferneck, Idee S. 9 ff.
S. 19: Mezger, S. 396, Mayer, S. 345
S. 19: Hold-Ferneck, Idee S. 9
S. 20: Zimmerl, S. 128
S. 21: Pr. Denkschrift, S. 123, Amtl. Bericht I S. 23, Schaffstein Z 53, 610
S. 23: Pr. Denkschrift, S. 123
S. 24: Akademie S. 46, Amtl. Bericht II, S. 262, 272
S. 31: Amtl. Bericht I 2. Aufl. S. 90
S. 32: Hold-Ferneck, Notwehr usw. S. 66
S. 33: RG 54, 196; 60, 261, anders Mezger S. 236; Gerland, S. 149, Hold-Ferneck S. 96
S. 34: Amtl. Bericht I S. 56 ff. Pr. Denkschrift S. 137, Amtl. Bericht I, 2. Aufl. S. 94
S. 35: Amtl. Bericht I S. 76
S. 36: Amtl. Bericht II S. 74 ff. z. B. RG 58, 273; 63, 102; 64, 149
S. 37: Mezger S. 416, Mayer S. 341, hierzu Zimmerl Z 52, 166 ff.
S. 38: Frank IV 2 vor § 47, RG 56, 172; 60, 1. Binding S. 152
S. 41: Amtl. Bericht I S. 75
S. 52: Zimmerl S. 168

Lebenslauf.

Ich wurde am 27. August 1912 zu Düsseldorf als Sohn des jetzigen Landesamtmanns i. R. Emil Rankenburg geboren, besuchte von 1919—1923 die Volksschule und von 1923—1932 die Fürstenwall-Oberrealschule meiner Vaterstadt. Nach abgelegtem Abiturientenexamen studierte ich von Ostern 1932 ab Rechtswissenschaft, und zwar 4 Semester in Köln und daran anschließend 3 Semester in Marburg. Am 30. 11. 1935 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Zur Zeit bin ich als Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf beschäftigt.